Capitolo VI

LA BUONA FEDE

1. Il secondo elemento, che costantemente concorre a costituire le fattispecie di acquisto a non domino, è la buona fede del terzo acquirente.

La buona fede viene qui in considerazione in senso soggettivo, cioè come fatto psicologico di natura intellettiva, definito dalla legge in termini di ignoranza (per es. artt. 1147, 1479 c.c.) o di errore (per es. art. 535 c.c.), onde la sua antitesi, la mala fede, è uno stato di consapevolezza, di « scientia » (v. le fonti romane citate da Pernice, Labeo[2], II, 1, Halle 1895, 463 nota 2). Diverso è il concetto di buona fede in senso oggettivo (ricorrente negli artt. 1337, 1358, 1366, 1460, e più in generale, sotto specie del concetto equivalente di « correttezza », nell'art. 1175 c.c.), che i romani designavano con una caratteristica inversione dell'aggettivo (« fides bona », in contrapposto alla « bona fides ») e la cui antitesi era rappresentata dal « dolus malus ». In quest'altro senso la buona fede è una norma di condotta desunta dall'« habitus » del « bonus vir » (abito di correttezza della persona per bene e rispettabile secondo il comune sentire di un determinato ambiente sociale, in un determinato momento storico), alla quale il giudice commisura l'« oportere » complessivamente de-

dotto in un rapporto obbligatorio, appunto l'« oportere ex fide bona ».

I due concetti non sono riducibili l'uno all'altro, né si può argomentare dall'uno per definire l'altro (cfr. Pernice, op. cit., 459). La buona fede oggettiva è una direttiva e insieme un'autorizzazione impartite dall'ordinamento giuridico al giudice, il quale, ai fini della valutazione del comportamento tenuto dalle parti di un rapporto obbligatorio, viene rinviato a modelli o « standards » di condotta generalmente osservati nella vita di relazione e perciò acquisiti come doverosi dalla coscienza sociale. Di fronte a questi modelli, in cui si calano storicamente i valori extrasistematici della giustizia materiale, il giudice non si limita a un'attività meramente ricognitiva, ma formula un giudizio di valore circa le esigenze che da essi si esprimono rispetto al caso concreto da decidere, traducendoli in una norma individuale alla stregua della quale valuta o il contenuto del contratto (interpretazione secondo buona fede) oppure il comportamento di ciascuna parte in sede di formazione o di esecuzione del contratto, per giudicare se esso sia « ex fide bona » e come tale idoneo ad assolverla da responsabilità (precontrattuale o contrattuale) verso l'altra. La buona fede soggettiva, invece, è un fatto spirituale (gnoseologico) giuridicamente rilevante, e dunque non criterio di valutazione discrezionalmente elaborato dal giudice, ma oggetto di precostituita valutazione legislativa, la quale si traduce nella rilevanza tipica attribuita a tale fatto in una serie di fattispecie normative predisposte a tutela del soggetto

in buona fede. Il giudice ha soltanto il compito di accertare la buona fede, ai fini dell'operazione logico-formale di sussunzione del caso concreto sotto l'astratta fattispecie normativa.

Tuttavia fra i due concetti si tende a cogliere un nesso, nel senso che lo stato di ignoranza o di errore, in cui consiste la buona fede soggettiva, è preso in considerazione non tanto per se stesso, quanto perché indice di conformità dell'intenzione ai valori morali dell'onestà e della correttezza nei quali si sostanzia il criterio normativo della buona fede oggettiva (cfr. Pernice, op. cit., 465 e, da ultimo, Romano, voce Buona fede [dir. priv.], in Enc. dir., V, 686). D'altro canto, si è osservato che la buona fede oggettiva non di rado implica una valutazione collegata a un presupposto psicologico: ciò accade soprattutto nella fase di formazione del contratto, nella quale la buona fede (art. 1337 c.c.) si esplica sovente in obblighi di comunicazione all'altra parte di eventuali cause di invalidità del contratto (cfr. art. 1338) oppure di vizi od oneri della cosa (cfr. artt. 1494, 1812, 1821, ecc.) di cui si abbia (o si debba avere) notizia, così che in caso di mancata comunicazione il giudizio di conformità alla buona fede contrattuale è condizionato dall'ignoranza di quei fatti. Sulla base di tale rilievo è stata recentemente formulata, in sede storica, l'ipotesi che il requisito della « bona fides » per l'usucapione tragga origine da una specificazione in senso psicologico della buona fede contrattuale nell'ambito della vendita, e di qui esteso poi alle altre « causae possessionis » (L. Lombardi, Dalla

« fides » alla « bona fides », Milano 1961, 209 ss.; spec. 220, 235; ma v. la critica di Hausmaniger, Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klass. röm. Recht, München 1964, 93 ss.).

Proprio il nesso che sembra legare la buona fede soggettiva alla sfera dei valori etici, a cui attinge il suo contenuto la buona fede oggettiva, sì che entrambe appaiono ordinate alla tutela della regola morale nella vita del diritto, spiega l'oscillazione della dottrina tra una nozione psicologica e una nozione etica della prima (v. Grosso, voce Buona fede [dir. rom.], in Enc. dir., V, 663), sulle quali si accese, nella teoria pandettistica dell'usucapione, la celebre controversia tra il Wächter e il Bruns (v. Bonfante, Scritti, II, 504 ss.; 539 ss.; e spec. 708 ss.). Nei termini in cui fu originariamente impostata, la controversia può dirsi da tempo superata. Era certamente nel vero il Wächter nell'affermare che la buona fede nei rapporti reali (buona fede possessoria) è diversa dalla buona fede nei rapporti obbligatori (buona fede contrattuale), e in torto il Bruns (seguito su questo punto dal Bonfante, op. cit., 717 ss., 728) nel sostenere che la buona fede è un concetto (etico) generale e uguale in tutti i rapporti, dentro il quale la buona fede possessoria si specificherebbe per il collegamento a un presupposto psicologico. La buona fede contrattuale (oggettiva) si sostanzia in una regola di condotta socialmente tipica, in un modello di comportamento imposto dalla morale e dalle convenienze sociali, onde il soggetto, che nel rapporto con la controparte si comporta « ex fide bona », è giustificato proprio per il suo

agire, in quanto obiettivamente conforme a quella regola. La buona fede possessoria, invece, è una modalità soggettiva di un comportamento difforme da un criterio di doverosità, onde la giustificazione del soggetto non dipende dalla sua condotta, bensì dallo stato di ignoranza che l'accompagna e dal quale si argomenta l'assenza della intenzione di violare quella regola. La buona fede soggettiva è uno stato intellettivo (un modo di essere del giudizio), la cui rilevanza giuridica si fonda sul principio etico che giustifica chi commette un torto ignorando di commetterlo.

Chiarito questo punto, soprattutto per merito del Pernice (op. cit.), la dottrina successiva ritenne per solito che il contenuto e quindi la natura della buona fede fossero fuori causa, e che la questione si riferisse in realtà al grado, all'intensità della buona fede, contrapponendo una nozione più rigorosa a una meno rigorosa, dal punto di vista etico, dello stato psicologico in cui la buona fede consiste. Sotto questo aspetto, sul quale in effetti si concentrarono gli sviluppi della polemica fra i due pandettisti citati, si tratta di stabilire se il principio etico della buona fede (in funzione discriminante di un comportamento oggettivamente ingiusto) sia stato assunto dal legislatore secondo una morale rigida, che esige una persuasione di non fare torto non intaccata da dubbi di sorta e confortata da una ricerca diligente della verità, oppure secondo una morale più rilassata, che si accontenta della semplice ignoranza, è disposta ad ammettere, entro certi limiti, anche il dubbio e non richiede, almeno per l'errore di fatto, la scusabilità.

Ma a ben vedere, come risulta da una attenta lettura dei vari contributi dottrinali ed è stato di recente sottolineato (dal Sacco, in Foro pad. 1963, I, 665 ss., spec. 669), vi è un altro aspetto della questione, che investe propriamente l'oggetto della buona fede, e quindi la sua stessa struttura. La c.d. concezione psicologica non nega la componente etica, ma ne esaurisce la portata sul piano metagiuridico del processo di motivazione della norma che alla buona fede, intesa come fatto psicologico, conferisce rilevanza giuridica. Secondo questa concezione, il legislatore attinge all'ordinamento morale il principio discriminante della buona fede, ma poi foggia una propria nozione di buona fede, determinandone l'oggetto in base a criteri giuridico-formali. La buona fede consiste perciò nell'ignoranza di un altrui diritto contrario al proprio acquisto, dalla quale si inferisce l'assenza dell'intenzione di agire in disformità dall'ordinamento giuridico (1). Secondo la c.d. concezione etica, invece, il legislatore non si limita ad assumere dall'ordinamento della morale sociale il principio della buona fede, ma assume, senza alterarla, la stessa nozione (sociale) di buona fede, l'oggetto della quale deve essere determinato con riguardo non tanto ai valori giuridico-formali, quanto ai valori della giustizia materiale

(1) Non correttamente questa illazione negativa sul piano della volontà viene, anche nell'ambito della dottrina per prima accennata nel testo, non di rado convertita in una definizione positiva della buona fede in termini volontaristici. Cfr. ad es. CARNELUTTI, *Teoria gen. del diritto*³, Roma 1951, 267, che definisce la buona fede come « intenzione di agire secondo il diritto o di obbedire al diritto » (sulle tracce dello SCHIRMER, in *Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess* 1858, 211, 216). Esattamente GIAMPICCOLO, in *Riv. dir. comm.* 1965, I, 342, ribadisce che « la buona fede non è per sé un atteggiamento del volere, ma solo una condizione dell'intelletto ».

quali emergono dalla coscienza sociale. Non necessariamente perciò, nemmeno ai fini dell'usucapione, la buona fede implica la convinzione di avere acquistato la proprietà (cfr. Windscheid, Pand., § 176), ma consiste piuttosto nella « credenza di acquistare volente et concedente domino » (questa definizione, tratta da D. 41, 7, 5 pr., è del Burkhardt, in Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess 1864, 287, 295, 321). Importa non tanto l'ignoranza dell'altrui diritto, quanto l'ignoranza della contrarietà dell'acquisto alla volontà e all'interesse del proprietario. La definizione generale della « bona fides ad usucapionem », ricorrente nelle fonti romane in termini di ignoranza dell'alienità della cosa (Gaio, II, 43; J. 2, 6 pr., J. 2, 1, 35; D. 18, 1, 27; D. 41, 3, 33, 1; D. 41, 3, 48; ecc.) o di credenza in un titolo di legittimazione dell'alienante a disporre della cosa altrui (D. 50, 16, 109; D. 41, 4, 14), ha riguardo all'ipotesi normale. Altri testi dimostrano che in certi casi, in base a considerazioni di equità collegate a una nozione non formalistica della buona fede, i giuristi romani erano disposti a riconoscere la buona fede anche in chi avesse acquistato la cosa sapendo che l'alienante non ne era proprietario, né formalmente autorizzato a disporne. Caratteristico il caso, sul quale si ritornerà più avanti, previsto nel fr. 5 pr. D. 41, 7, cit. in tema di acquisto dal coniuge donatario (analogo pensiero, contrario all'applicazione di criteri valutativi meramente giuridico-formali, emerge da D. 24, 1, 25 e D. 41, 6, 3, in ordine alla « iusta causa », nel caso di donazione tra coniugi di cosa aliena, di cui il coniuge donante non abbia nemmeno il possesso abile all'usucapione: v. Cap. IV, n. 1).

L'antitesi non si pone dunque nei termini in cui fu espressa dal Bruns, tra un concetto psicologico e un concetto etico di buona fede, bensì tra un concetto giuridico-formale e un concetto etico-sostanziale (o sociale). Intesa nel secondo senso, la buona fede soggettiva, pur restando distinta dalla buona fede oggettiva, rivela innegabilmente un nesso con questa, costituito dal comune riferimento ai valori sostanziali del bonum honestum, individuati attraverso la coscienza sociale di cui è interprete il giudice. Come la clausola della buona fede oggettiva, così il criterio discriminante della buona fede soggettiva, applicato alla stregua della concezione etica, introduce nell'« officium iudicis » un momento di discrezionalità, mentre la nozione giuridico-formale conferisce alla buona fede soggettiva il carattere di elemento rigido della fattispecie, che non lascia spazio ad apprezzamenti discrezionali del giudice. Ma si tratta di due specie diverse di discrezionalità. La valutazione « ex fide bona » nei rapporti obbligatori implica una discrezionalità produttiva di norme giuridiche: le clausole generali, infatti, di cui il parametro della buona fede oggettiva è appunto un esempio, sono una tecnica di formazione (giudiziale) di regole giuridiche col metodo casistico, operante attraverso ragionamenti di tipo problematico, ossia destinati alla soluzione di un problema di regolamento giuridico – che non è dato, ma deve essere trovato – del caso da decidere. Invece, la discrezionalità lasciata al giudice dalla concezione etica della buona fede (soggettiva) nei rapporti reali è quella inerente agli elementi « elastici » della fattispecie. Il

giudice qui non va oltre i limiti del suo compito normale di ius dicere, di applicazione, mediante un ragionamento logico-deduttivo, cioè assiomatico, di un regolamento già precostituito nell'astratta fattispecie normativa, agli elementi della quale accerta la corrispondenza del caso concreto sottoposto alla sua decisione; ma uno di tali elementi, in ipotesi la buona fede, deve essere da lui volta per volta determinato in base a massime di esperienza o a giudizi di valore attinti all'ambiente sociale.

2. Nel campo dei rapporti collegati al possesso, l'art. 701 del codice civile abrogato (corrispondente all'art. 550, comma 1°, cod. Nap.) dettava una definizione della buona fede chiaramente ispirata a un criterio giuridico-formale: « È possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi ». Era in sostanza l'idea della buona fede come « opinio quaesiti dominii » propria degli scrittori del diritto intermedio (e in particolare di Pothier, Traité de la prescription, n. 27, in Oeuvres, ediz. cit., V, 366), contro la quale si esercitò la critica di tanta parte della dottrina pandettistica (a cominciare dallo Stintzing, in un celebre scritto sull'essenza della buona fede nell'usucapione, pubblicato nel 1852). La definizione è stata profondamente modificata dal nuovo codice, che ha eliminato la commistione della buona fede possessoria con l'elemento, in realtà affatto estraneo, del titolo. Dispone l'articolo 1147, comma 1°: « È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto ». La norma va letta insieme col 3° comma, a tenore del quale « la buona

fede... basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto »: la buona fede possessoria non esprime uno stato o comportamento essenzialmente continuativo, ma una qualificazione riferita esclusivamente all'atto di acquisto del possesso.

Secondo una notazione della relazione al codice (n. 539), continuamente ripetuta dalla giurisprudenza, la buona fede, così definita, « è una nozione di carattere psicologico e di portata etica ». Ma è dubbio che il legislatore del 1942 abbia inteso accogliere la concezione etica in tutta la sua portata, la quale, come si è spiegato nel numero precedente, giunge a incidere sulla stessa struttura della buona fede, attingendo i criteri di determinazione dell'oggetto a valutazioni sostanziali di giustizia, piuttosto che ai dati formali che qualificano l'acquisto dal punto di vista dell'ordinamento giuridico. Dai lavori preparatori e dalla relazione ministeriale non risulta alcun accenno a questa prospettiva: della concezione etica della buona fede si è colto solo il profilo sotto il quale essa propone l'esigenza di una valutazione più rigorosa dello stato psicologico in cui la buona fede consiste, e in particolare l'esigenza di rifiuto di tutela all'ignoranza dipendente da colpa grave, e come tale inescusabile. In questo senso limitato, compatibile con una nozione giuridico-formale (dell'oggetto) della buona fede, la nuova definizione è interpretata dalla giurisprudenza, la quale ne deduce, oltre alla rilevanza impeditiva della colpa grave, espressamente sancita (art. 1147, comma 2°: cfr. Cass. 23 maggio 1960, n. 1307, in Rep. Foro it. 1960, voce « Possesso e azioni

poss. », n. 41; Cass. 28 febbraio 1963, n. 496, ibid. 1963, voce cit., n. 32; Cass. 23 febbraio 1965, n. 302, in Riv. dir. comm. 1965, II, 354), anche il corollario dell'incompatibilità del dubbio con la buona fede (cfr. avanti, n. 4).

Si è obiettato (Sacco, in Foro pad. 1963, I, 667) che l'art. 1147 non parla di ignoranza dell'altrui diritto, ma di ignoranza della lesione dell'altrui diritto, e in tal modo offre un argomento letterale a favore della più ampia tutela del possessore, lasciando campo al riconoscimento della buona fede anche in casi in cui l'acquisto del possesso è avvenuto nella consapevolezza dell'altrui diritto, ma senza arrecare o nella credenza di non arrecare alcuna lesione materiale (secondo criteri di giustizia) al titolare del diritto medesimo. Ma l'argomento non è sicuro. La definizione in esame si presta piuttosto ad essere interpretata in un significato che risolve il contenuto della buona fede nei termini di una relazione di conformità ai rapporti giuridici costituiti, e quindi in termini di ignoranza dell'illegittimità (formale) del proprio agire (1-bis). Non privo di peso ci sembra il rilievo che l'art. 1147 riproduce inalterata la definizione del possesso di buona fede contenuta nel progetto della Commissione reale (art. 541), redatto per questa parte dal Segré. Orbene il Segré, d'accordo col

(1-*bis*) La definizione dell'art. 1147 sarebbe stata più aperta a un'interpretazione nel senso auspicato da Sacco, se avesse omesso il riferimento all'elemento formale del diritto soggettivo e avesse parlato, piuttosto, di ignoranza di cagionare ad altri un pregiudizio ingiusto, o di ignoranza di far torto ad altri, sulla scorta del Windscheid, il quale definiva la buona fede come « ignoranza delle circostanze per le quali l'appropriazione della cosa sarebbe ingiustizia ».

Venezian (cfr. Opere giur. di G. Venezian, II, Roma 1920, 263), definiva in sede scientifica la buona fede come « ignoranza del diritto che si viene a ledere con l'acquisto del possesso » (Addizione cit., 88), e da ciò si può arguire che per lui la definizione in termini di « ignoranza di ledere l'altrui diritto » non era se non una variante della prima, meglio adatta, perché sintatticamente più semplice, ad essere fissata in una norma di legge. Tanto è vero che nella relazione al progetto (p. 219) è dichiarato estraneo alla nozione oggi codificata nell'art. 1147 c.c. perfino il caso di chi acquista scientemente a non domino nell'erronea credenza di una formale autorizzazione dell'alienante a disporre della cosa altrui (per es. credendo di acquistare da un mandatario del titolare).

D'altra parte — e così si giunge a considerazioni più direttamente pertinenti al nostro tema —, sia dalla nuova sistematica del codice, che ha mutato la prospettiva in cui l'istituto dell'usucapione era collocato nella precedente legislazione, sia dai lavori preparatori risulta che la definizione dell'art. 1147 è dettata con riferimento a tutti gli effetti del possesso di buona fede, compresi quelli per i quali è stato tenuto fermo il requisito del titolo, ossia gli acquisti a non domino mediante il possesso. Ora la lettera degli artt. 1153 e 1159 lascia intendere abbastanza chiaramente che nelle rispettive fattispecie la buona fede si specifica con riferimento al dato formale dell'alienità della cosa, assumendo il significato di ignoranza di acquistare da chi non è proprietario. Non si può dire che questa sia una conseguenza logicamente necessaria del requisito del titolo, nel

quale si esprime per tali fattispecie l'esigenza rigorosa di piena regolarità (dal punto di vista giuridico) dell'acquisto nei rapporti col dante causa (non dominus). Certo la limitazione della tutela della buona fede ai rapporti col terzo rivendicante, sul presupposto di un acquisto in sé esente da vizi, restringe la possibilità di configurare una buona fede etica, della quale il campo primario di esplicazione sono i rapporti del possessore col proprio dante causa. Ma l'esempio addietro ricordato delle fonti romane, in tema di usucapione sulla base di un acquisto a non domino, sta a dimostrare che pure nei rapporti col terzo proprietario possono darsi dei casi in cui sorge il problema se la buona fede debba essere accertata con riferimento al dato formale dell'alienità della cosa acquistata, oppure con riferimento a criteri di giustizia materiale. Nel caso previsto in D. 41, 7, 5 pr. il bene che un coniuge ha ricevuto in donazione dall'altro coniuge è alienato dal donatario a un terzo consapevole della nullità del titolo del suo dante causa. Secondo Pomponio, la conoscenza dell'alienità della cosa non ostacola l'usucapione, cioè non è messa in conto di mala fede, in quanto le circostanze sono tali da far ritenere ragionevolmente che l'alienazione avvenga col consenso del coniuge donante (« quasi volente et concedente domino »), sebbene questo consenso, nonché a trasferire il diritto all'altro coniuge, nemmeno è idoneo ad attribuirgli un formale potere di disporne. La lettera degli artt. 1153 e 1159, fissando l'oggetto della buona fede del terzo acquirente nel fatto della non appartenenza del bene all'alienante, esclude che il giudizio di Pomponio

possa essere ripetuto nel nostro ordinamento. E non sembra che con questa specificazione in termini giuridico-formali del contenuto della buona fede, la cui matrice etica rimane perciò tutta in secondo piano, il legislatore ritenga di allontanarsi (in senso qualitativo) dalla nozione generale enunciata nell'art. 1147. Così la tutela della buona fede di cui all'art. 1153 come quella di cui all'art. 1159 sono disciplinate quali « effetti del possesso » (la prima, con ancor maggiore precisione, quale effetto « del possesso di buona fede »), e nel contesto normativo sono definite come « modi d'acquisto della proprietà mediante il possesso ». Che si tratti di casi specifici della buona fede possessoria non dubita, almeno, la giurisprudenza, la quale ha ribadito più volte la convinzione che « il concetto di buona fede di cui all'art. 1153 è uguale a quello contenuto nell'art. 1147 » (cfr., da ultimo, Cass. 18 febbraio 1966, n. 516, in Foro pad. 1966, I, 984; con riguardo all'art. 1159, Cass. 10 febbraio 1959, n. 405, in Foro it. 1960, I, 2016).

Se invece si ritiene che la definizione dell'articolo 1147 rimetta la determinazione, nei vari casi, dell'oggetto della buona fede (lesione dell'altrui diritto) a criteri di giustizia sostanziale non vincolati ai dati giuridico-formali, allora si deve concludere che la buona fede tutelata dagli artt. 1153 e 1159, 1160 comma 2°, 1162, comma 1°, in quanto consiste invariabilmente nell'ignoranza dell'alienità della cosa, è un concetto strutturalmente diverso. Questa è la tesi del Sacco (La buona fede cit., 121, 164 nota 74, 167 ss., e più recentemente in Riv. dir. civ. 1959, I, 21, 25 ss., 29, 261

ss.), ad avviso del quale pertanto, contrariamente alla opinione dominante, non sarebbero direttamente applicabili alle nostre fattispecie le regole stabilite nel 2° e nel 3° comma dell'art. 1147, ossia l'equiparazione della colpa grave alla mala fede e la presunzione di buona fede (2). Un simile corollario è sufficiente a rendere perplessa la tesi, quando si pensi che la norma dell'articolo 1147, comma 2°, sulla colpa grave è il risultato di un lungo dibattito insorto nella dottrina pandettistica soprattutto con riguardo alla buona fede « ad usucapionem », e proseguito sulle stesse linee dalla dottrina italiana, che lo aveva esteso anche alla regola « possesso vale ti-

---

(2) Sul piano dogmatico-costruttivo la tesi del Sacco è importante perché fornisce il supporto a un tentativo di distacco degli acquisti a non domino di cui agli artt. 1153 e 1159 dall'istituto del possesso di buona fede per avvicinarli (più decisamente di quanto avvenga per es. nella presente trattazione) agli acquisti di buona fede indipendenti dal possesso (artt. 534, 1415, ecc.) sotto il segno di una categoria generale dell'« acquisto a non domino » (cfr. Sacco, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 30). A mio modo di vedere, una ricostruzione unitaria degli acquisti a non domino dal punto di vista della buona fede, pur essendo apprezzabile nella misura in cui mette in luce una certa problematica comune, non può aspirare al risultato di una teoria generale. La differenza tra gli acquisti indipendenti dal possesso e quelli collegati al possesso resiste ad ogni tentativo di svalutazione perché incide profondamente sulla portata e sulla natura stessa della tutela del terzo acquirente. I primi prendono regola e misura da un preesistente rapporto di alienazione (viziato) tra il dominus e il non dominus, oppure (nel caso dell'art. 534) dall'apparenza di diritto di cui è investito l'alienante: sono soggetti cioè, in linea di massima, ai principi dell'acquisto derivativo, salvo soltanto che il terzo, appunto in virtù della tutela dalla buona fede, non risente gli effetti della vicenda (dichiarazione di simulazione, annullamento, ecc.) che colpisce, distruggendolo, il titolo del suo autore. I secondi, invece, prendono regola e misura esclusivamente dal rapporto di alienazione (titolo) costituito tra il non dominus e il terzo e in base al quale il terzo riceve il possesso della cosa, mentre il titolo dell'alienante viene in considerazione soltanto come punto di riferimento per la determinazione dell'oggetto della buona fede: tali acquisti perciò, pur essendo qualificati da una alienazione, si accostano alla categoria degli acquisti a titolo originario.

tolo » (mentre la questione, essendo stata risolta dal codice civile del 1896, si era ormai spenta nella dottrina tedesca). Vero è che l'autore in parola, modificando il suo atteggiamento originario, si riaccosta per altra via all'opinione dominante, e precisamente attraverso una complessa argomentazione induttiva dall'art. 20 cpv. l. camb. (3) all'art. 1994 c.c., poi dall'art. 1994 all'art. 1153, e infine, per analogia, dall'art. 1153 all'art. 1159. Ma il primo anello dell'argomentazione non è del tutto sicuro, atteso l'art. 2001 c.c. da cui si arguisce che le norme della legge cambiaria possono divergere dai principi generali del codice in materia di titoli di credito. Vi è poi un altro motivo di perplessità. La tesi in esame non sarebbe priva di fondamento razionale se limitasse la portata dell'art. 1147 all'acquisto dei frutti e agli altri effetti minori ricollegati al possesso di buona fede dagli artt. 1148-1152, distinguendo un diverso e più rigoroso concetto di buona fede ai fini dell'acquisto della proprietà della cosa. Si potrebbe osservare allora che, mentre per gli effetti meno gravi si giustifica una tutela più ampia del possessore attraverso una nozione di buona fede aperta alle valutazioni etico-sociali e non strettamente legata a criteri di ordine giuridico-formale, da tali criteri, invece, non si può prescindere quando sono in gioco gli effetti maggiori del possesso, che si risolvono nell'attribuzio-

(3) L'art. 20 cpv. l. camb. (art. 24 l. ass.), che applica in questa materia la regola « possesso vale titolo », sancisce esplicitamente l'equiparazione della colpa grave alla mala fede, e, formulando il requisito soggettivo in termini di fatto impeditivo dell'acquisto, costituito dalla mala fede o dalla colpa grave, sancisce anche la presunzione di buona fede.

ne al possessore della proprietà della cosa e conseguentemente nella spogliazione dell'antico proprietario. In realtà, la differenza postulata da Sacco incide anche all'interno dell'istituto dell'usucapione, nell'ambito del quale rimarrebbe pur sempre legata alla nozione dell'art. 1147 l'usucapione decennale dei mobili (articoli 1161, comma 1°, e 1162, comma 2°) (4). Sotto questo profilo la differenza non pare facilmente giustificabile, perché non si comprende come, nei rapporti col terzo rivendicante, il possessore possa eventualmente considerarsi di buona o di mala fede secondo si tratti dell'una o dell'altra specie di usucapione abbreviata. L'assenza del requisito del titolo per l'usucapione decennale mobiliare, mentre a tale requisito sono condizionate le usucapioni abbreviate predisposte in favore esclusivo degli acquirenti a non domino (e così pure l'« usucapione istantanea » dei mobili comuni ex art. 1153), non comporta di per sé una diversità di natura della tutela della buona fede nei due ordini di fattispecie, ma solo una diversa quantità e, inversamente, una diversa intensità della tutela: nel senso che l'uno comprende anche l'acquisto viziato a domino, e quindi anche la buona fede che cade sui vizi del proprio titolo, mentre l'altro è limitato all'acquisto a non domino e quindi considera esclusivamente la buona fede riferita ai vizi del titolo del dante causa.

(4) Per l'interpretazione restrittiva cui deve essere assoggettato il 2° comma dell'art. 1162, nel senso che l'inciso iniziale « se non concorrono le condizioni previste dal comma precedente » va riferito soltanto alla mancanza di un titolo idoneo o della trascrizione del titolo, fermo restando il requisito della buona fede, cfr. DE MARTINO, *Possesso* cit., 81.

È abbastanza equivoco presentare questa diversa portata delle due normative dicendo che nell'ipotesi dell'art. 1153 o 1159 il requisito del titolo priva di tutela la buona fede relativa ai vizi del proprio acquisto, e incide perciò sull'oggetto della buona fede (così Sacco, in Riv. dir.civ. 1959, I, 29), quasi che nella medesima ipotesi (che evidentemente deve essere tenuta ferma perché il confronto sia valido) la buona fede relativa ai vizi del proprio acquisto fosse, invece, rilevante per gli effetti collegati alla fattispecie pura e semplice dell'articolo 1147, cioè indipendenti dal titolo. Solo quando la qualificazione dell'art. 1147 viene invocata dal possessore nei rapporti col suo dante causa, ai fini della tutela dell'art.1148 (5) o dell'art. 1160, comma 1° (articolo 1162, comma 2°), l'oggetto della buona fede possessoria si specifica nei vizi del proprio acquisto, mentre non viene in considerazione la buona fede relativa alla proprietà della cosa (6). Al contrario, quando per i medesimi effetti l'art. 1147 è invocato dal possessore convenuto in rivendica da un terzo (dominus), la buona fede,

(5) L'applicabilità dell'art. 1148 fra le parti di un contratto traslativo viziato non è pacifica nella giurisprudenza: v. i riferimenti di Sacco, in *Riv. dir. civ.* 1959, I. 33 nota 86; Id., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*. Torino 1959, 29 nota 11, e ancora in *Foro pad.* 1963, I, 665 nota 1, dove si rileva l'orientamento delle sentenze più recenti verso la soluzione affermativa. Oltre a tutto, l'opposta interpretazione restrittiva crea una disarmonia inspiegabile tra la norma sull'acquisto dei frutti e la norma sull'usucapione decennale dei mobili (art. 1161). della quale non si mette in dubbio la applicabilità anche *inter partes*, nel caso di acquisto viziato a domino (cfr. De Martino, *op. cit.*, 80).

(6) Infatti, o il dante causa domanda la restituzione della cosa con l'azione personale fondata sui vizi dell'alienazione, e allora la questione della proprietà non può sorgere; oppure la domanda con l'azione di rivendicazione, e allora il possessore convenuto ha, per ipotesi, acquistato (invalidamente) a domino.

non diversamente dall'ipotesi dell'art. 1153 o 1159, si specifica con riferimento esclusivo al diritto del rivendicante, mentre nell'una e nell'altra ipotesi è irrilevante la scienza o l'ignoranza dei vizi del rapporto di acquisto (a non domino); nella prima perché, essendo la qualificazione dell'art. 1147 indipendente dal titolo, la mancanza o i vizi di questo, anche se conosciuti, non impediscono al possessore, che abbia acquistato la cosa ignorando di ledere il diritto del terzo proprietario, di invocare la tutela dell'art. 1148 o dell'art. 1160, comma 1° (7); nella seconda perché, dovendo qui concorrere

(7) Non pare dubbio che nell'art. 1147, ravvisato nei rapporti col *terzo* rivendicante, si debba ritenere accolta la concezione *relativa* della buona fede, secondo la quale l'oggetto della buona fede si specifica esclusivamente in rapporto all'avversario, cioè a colui che domanda la restituzione della cosa: se si tratta di un terzo, nuoce al possessore soltanto la mala fede relativa al titolo del proprio dante causa. Secondo la concezione assoluta invece, prevalente nella dottrina del codice abrogato, stante la lettera dell'art. 701 (soprattutto se confrontata con la diversa formula dell'art. 57 cod. comm.), la buona fede, necessaria per essere ammessi al beneficio dell'acquisto dei frutti, dovrebbe riferirsi tanto alla mancanza di titolarità da parte del proprio autore, quanto (se sussistono) ai vizi del proprio titolo di acquisto. Nel nuovo ordinamento, l'argomento contrario a questa concezione si svolge nella seguente considerazione. Attribuire carattere assoluto alla buona fede di cui all'articolo 1147, e così concedere al terzo rivendicante non solo la possibilità di provare che il convenuto, al momento dell'acquisto del possesso, conosceva il difetto di titolarità da parte del suo autore, ma altresì — e in alternativa con tale prova — la possibilità di provare fruttuosamente che conosceva i vizi del proprio titolo, significherebbe svuotare di pratico contenuto l'innovazione del codice 1942, che ha eliminato dal concetto di possesso di buona fede il requisito del titolo, anche nei termini di un titolo meramente putativo. La concezione assoluta della buona fede è il risultato di un processo di involuzione del requisito del titolo nella buona fede, processo che prende le mosse dall'ammissione della sufficienza del titolo putativo ed è strettamente legato all'idea che attribuisce al titolo un ufficio costitutivo della buona fede. Ma non di un processo di questo tipo, che assorbe il titolo nella buona fede riducendo *ad unum* i due requisiti, è il punto di arrivo l'art. 1147, bensì di un processo di isolamento della buona fede dal titolo, promosso dalla critica pandettistica più avanzata, e che porta a configurare la buona fede possessoria indipendentemente dal titolo.

col possesso di buona fede un titolo idoneo, la mancanza o i vizi di questo, anche se ignorati, precludono senz'altro al possessore la tutela dell'art. 1153 o 1159, indipendentemente dalla sua buona o mala fede nei rapporti col proprietario.

Altri argomenti, a sostegno dell'assunto di « una differenza strutturale fra la buona fede dell'art. 1147 e la buona fede degli artt. 1153 e 1159 », sono addotti sulla base di pretese differenze di modalità, che in verità non sussistono. Non si può dire che nel caso dell'art. 1153 la buona fede deve avere un punto di appoggio nella consegna della cosa, mentre tale modalità non è richiesta nell'art. 1147 (Sacco, La buona fede, 168 s.; e v. un cenno in tal senso anche in Barassi, Possesso, cit., 453 s. e Messineo, Manuale[9], II, 431, sub lett. b). Il requisito della consegna è introdotto nell'art. 1153 in funzione integrativa del titolo (v. retro, Cap. III, n. 2), non come elemento obiettivo della buona fede. Il possesso dell'alienante non è, per sé solo, fonte di apparenza di diritto: esso non è in grado di segnalare alcunché all'infuori di se stesso, e perciò non è in grado di fornire alcuna base oggettiva alla buona fede. Tanto meno può essere valutata come elemento obiettivo della buona fede la trascrizione del titolo richiesta dall'art. 1159: un collegamento di questo requisito con la buona fede si può ammettere tutt'al più nel senso che la ratio, o un aspetto della ratio di esso sta nel valore della trascrizione come sintomo di normalità di comportamento, propria dell'acquirente di buona fede. Neppure sussiste una differenza tra l'art. 1147 e l'art. 1153 in ordine alla

modalità cronologica della buona fede (v. retro, Cap. III, nota 5). Il momento dell'acquisto del possesso, al quale la buona fede è riferita dall'art. 1147, non si distingue dal momento della consegna, al quale la buona fede è riferita dall'art. 1153.

3. Si è avuto occasione di ricordare, nel numero precedente, il passo della relazione al progetto preliminare del codice, nel quale si legge che la formula ora codificata nell'art. 1147, comma 1°, esclude la riferibilità della buona fede al difetto nell'alienante del potere di disporre della cosa, quando l'acquirente sia consapevole dell'alienità. Se si prescinde dalle idee personali del relatore, l'affermazione appare ingiustificata. Pur nell'ambito di una concezione che non ammette altri criteri di specificazione dell'oggetto della buona fede all'infuori di quelli di ordine giuridico-formale, definire la buona fede come ignoranza di ledere l'altrui diritto non è esattamente la stessa cosa che definirla come ignoranza dell'altrui diritto, perché la prima definizione è innegabilmente idonea a comprendere anche un caso di buona fede non integrata dall'ignoranza dell'alienità della cosa: cioè appunto il caso (e soltanto questo caso, ben diverso per es. da quello previsto in D. 41, 7, 5 pr.) in cui l'acquirente crede erroneamente nell'esistenza di un titolo, giuridicamente valido, che legittima il dante causa a disporre della cosa altrui (per es. un mandato, un contratto estimatorio, ecc.). Chi acquista da un (vero) mandatario certo non lede il diritto del proprietario, e perciò chi acquista da un falso mandatario, ritenendo

per errore (scusabile) che esista un valido mandato, ignora di ledere l'altrui diritto. Le fonti romane, in sede di definizione generale della buona fede, equiparano pienamente questa erronea credenza alla credenza di acquistare a domino (D. 50, 16, 109; D. 41, 4, 14), e in questo senso si è pronunciata anche la Cassazione (8 maggio 1956, n. 1483, in Foro it. 1957, I, 102). Il concetto dell'art. 1147 – afferma la sentenza –, considerato nell'ambito specifico dei rapporti col terzo rivendicante, non si esaurisce nell'ignoranza dell'alienità, ma « si traduce, in termini più generali, nell'ignoranza che l'alienante non è legittimato a trasferire la proprietà della cosa ». Sulla base della premessa che la buona fede di cui all'art. 1153 non diverge dalla nozione dell'articolo 1147, questa conclusione è stata applicata dalla sentenza citata alla regola « possesso vale titolo ».

La dottrina dominante ritiene, invece, che l'ipotesi in esame non sia compresa nella tutela dell'art. 1153, e in tale dottrina (8) è stato colto un argomento ulteriore contro la tesi che considera la buona fede protetta dall'art. 1153 come una specificazione della buona fede possessoria, in generale definita dall'art. 1147. Questa consiste nell'ignoranza della lesione di un altrui diritto, la quale non è assolutamente incompatibile con la

(8) La sentenza ricordata nel testo non può considerarsi un indice sicuro dell'orientamento della giurisprudenza, sia perché non ha trovato finora conferma in successive pronunce, sia perché nella specie decisa il terzo aveva acquistato da un non proprietario effettivamente autorizzato per legge a disporre della cosa altrui, onde la questione della buona fede era del tutto ultronea. Si trattava, infatti, di un'alienazione fatta dal vettore nell'esercizio del privilegio previsto dall'art. 2761 c.c., e in particolare, per l'Amministrazione ferroviaria, dall'art. 48 delle Condizioni e tariffe approvate con r.d. 25 gennaio 1940, n. 9.

conoscenza dell'alienità della cosa; quella consiste essenzialmente nell'ignoranza dell'alienità (Sacco, in Riv. dir. civ. 1959, I, 29).

Occorre precisare che dalla dottrina menzionata il problema è impostato e negativamente risolto sotto il profilo della buona fede con riguardo al solo caso di alienazione della cosa altrui in nome proprio (9). Se il non dominus aliena la cosa in nome del proprietario (si tratta di un « falsus procurator », di un falso tutore, ecc.), allora l'applicabilità dell'art. 1153 viene esclusa non in ragione dell'irrilevanza dell'erronea credenza nella legittimazione dell'alienante, ma già per una ragione che per così dire sta a monte di questo problema, ossia perché manca nell'acquirente il requisito oggettivo della qualità di terzo (v. dietro, Cap. III, n. 8).

Limitato il problema al primo dei due casi ora distinti, la soluzione negativa viene argomentata dalla lettera stessa dell'art. 1153, secondo cui destinatario della tutela è « colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario »: oggetto esclusivo della buona fede del terzo è, dunque, il di-

(9) Il problema non si pone per gli artt. 1159 e 1162, comma 1°, attesa l'inammissibilità di un mandato (senza rappresentanza) ad alienare beni immobili o mobili registrati (v. retro, Cap. I, nota 7).

Quanto ai titoli di credito a legittimazione nominale (art. 1994), il problema può sorgere solo per i titoli al portatore, che circolano mediante la semplice consegna del documento, e per i titoli all'ordine con ultima girata in bianco, che possono allora circolare come titoli al portatore oppure possono essere girati da chiunque con la propria firma. Se invece l'ultima girata è piena (e tale è necessariamente se si tratta di titolo nominativo, non essendo ammessa per questa specie la girata in bianco: art. 2023), allora l'alienante che agisce come mandatario senza rappresentanza della persona al cui nome è girato il titolo non è in grado di girarlo per procura, e quindi la possibilità di applicazione dell'art. 1994 è già esclusa dalla mancanza del requisito della continuità delle girate.

fetto di proprietà da parte dell'alienante, sì che la prova della conoscenza dell'alienità della cosa, al momento della consegna, basta a costituirlo in mala fede. Una conferma di questa interpretazione letterale, più che nell'art. 1479 c.c., dove la buona fede del compratore di cosa altrui è definita come « ignoranza che la cosa non era di proprietà del venditore » (ma ai fini della disciplina del rapporto contrattuale col venditore, senza riguardo al rapporto col terzo proprietario), si può trovare in argomenti tratti dal diritto comparato. Il § 932, comma 1°, del codice tedesco – preso a modello dal nostro legislatore per la formulazione dell'art. 1153, comma 1° – ipotizza l'alienazione di una cosa mobile «che non appartiene all'alienante», e al 2° comma precisa che « l'acquirente non è di buona fede se gli è noto, o per grave negligenza ignora, che la cosa non appartiene all'alienante ». Per contro, il codice svizzero, volendo risolvere la questione nel senso più favorevole alla tutela dell'acquirente, non designa l'alienante col termine specifico di « non proprietario », bensì col termine più generale di « non qualificato » (art. 714) o « non autorizzato ad operare il trasferimento » (art. 933). Siccome i lavori preparatori assicurano che la formulazione dell'art. 1153 è stata preceduta da un'accurata indagine delle legislazioni straniere, è da ritenere che il legislatore avrebbe scelto la formula del codice svizzero, piuttosto che quella del codice tedesco, se avesse voluto allargare la tutela al caso in esame.

L'interpretazione restrittiva della dottrina dominante sembra, perciò, esatta. Ma la formula dell'arti-

colo 1153, che limita la tutela all'acquirente ignaro dell'alienità della cosa, non riflette un concetto di buona fede più rigoroso, e quindi diverso da quello dell'art. 1147, essendo piuttosto il riflesso di una valutazione rigorosa di uno dei peculiari requisiti oggettivi che restringono il campo di operatività di questa norma rispetto alla fattispecie generale dell'art. 1147. La impostazione tradizionale del problema sotto il profilo della buona fede non è corretta, ed è imputabile a una non chiara percezione dei termini di fatto entro i quali esso si pone. L'equivoco è rivelato dall'argomento che, al di là di quelli meramente letterali, era addotto dal Segré con riferimento all'art. 707 del codice abrogato. Osservava questo autore (Addizione cit., 57) che, se si concede il beneficio della massima « possesso vale titolo » anche a chi acquista scientemente una cosa mobile altrui nell'erronea credenza di trattare con una persona autorizzata a disporne, « ciò significherebbe nientemeno che addossare al rivendicante anche la prova estremamente ardua che il terzo, del quale è provata la scienza dell'alienità, sapeva che l'alienante non aveva il potere di disporre della cosa altrui in alcuna delle qualità che possono conferirgli la facoltà di disporre ». Con un argomento siffatto la questione viene trasferita sul piano del concetto generale di buona fede, e così si spiega la preoccupazione che sta all'origine del passo sopra ricordato della relazione al progetto preliminare di riforma del codice, redatta dallo stesso Segré. Nessun legislatore, infatti, potrebbe ragionevolmente imporre al rivendicante una prova del tipo di quella paven-

tata dall'autore citato. Ma è chiaro che egli fraintendeva i termini del problema allargandoli all'ipotesi in cui il non titolare aliena la cosa non solo in nome proprio, ma anche come cosa propria, comportandosi da proprietario. In tale ipotesi la prova della conoscenza dell'alienità è certo sufficiente a stabilire la mala fede del terzo già secondo la nozione generale dell'art. 1147: non può sorgere la questione se egli possa tuttavia considerarsi in buona fede in quanto abbia creduto di acquistare da un alienante fornito del potere di disporre della cosa altrui. Una simile credenza, non giustificata né dalla dichiarazione dell'alienante, né dalle circostanze dell'acquisto, sarebbe del tutto arbitraria.

La questione è circoscritta alla diversa ipotesi nella quale sia acquisito al processo il fatto che il dante causa del convenuto ha alienato (in nome proprio) la cosa come altrui, cioè in veste di autorizzato a disporne in base a un determinato titolo, esternata o da una sua dichiarazione oppure, per fatti concludenti, dalle circostanze dell'alienazione, per es. dalla circostanza che l'alienante è un commerciante che indifferentemente vende cose proprie o cose altrui per incarico del proprietario oppure è specificamente qualificato dalla professione di commissionario di vendita. In questa ipotesi, al rivendicante che intenda respingere gli effetti collegati alla semplice fattispecie dell'art. 1147 (l'esonero del possessore dalla restituzione dei frutti o l'usucapione decennale ex art. 1161) la nozione di buona fede dettata nel 1° comma impone l'onere di provare che il possessore conosceva, o doveva conoscere con un minimo di diligenza,

la mancanza o l'invalidità dell'autorizzazione spacciata dall'alienante o l'abuso di potere da lui commesso. Tale prova, invece, il rivendicante non ha bisogno di fornire per escludere il possessore dal beneficio dell'articolo 1153: non perché in questa fattispecie la nozione di buona fede sia diversa da quella dell'art. 1147, ma, anche qui, per la ragione oggettiva che la tutela della regola « possesso vale titolo » è già preclusa per il difetto nel possessore della qualità di terzo (in senso sostanziale) nei confronti del proprietario.

Rispetto a tale requisito l'acquisto da un falso mandatario (senza rappresentanza), il quale aliena in nome proprio una cosa altrui pretendendo di averne avuto incarico dal proprietario, deve essere equiparato all'acquisto da un « falsus procurator » (e si ricordi che, per integrare la « contemplatio domini » qualificante la rappresentanza in senso tecnico, è sufficiente la dichiarazione di agire in virtù di una procura o anche la sola dichiarazione negativa di non agire in nome proprio: non occorre l'indicazione del nome del rappresentato, cioè propriamente la spendita del nome del dominus). Nel primo caso, come nel secondo, la dichiarazione dell'alienante avviene con una modalità tale da qualificare il negozio come destinato ad attuare un trasferimento immediato del diritto dal proprietario a colui al quale la cosa è alienata in esecuzione del preteso mandato, e quindi come destinato a mettere l'acquirente in rapporto immediato col proprietario sotto il profilo traslativo. Tanto basta per escludere nell'acquirente la qualità di terzo ai fini dell'art. 1153, mentre non ha importanza che nel caso ora in

esame, a differenza dell'altro, il negozio non sia destinato a far entrare l'acquirente in rapporto col proprietario anche sotto il profilo degli effetti obbligatori (con riguardo ai quali soltanto deve intendersi la norma dell'art. 1705, comma 2°, c.c.) (10). A conferma di ciò, giova ricordare che a proposito del § 366 del codice di commercio germanico – il quale, in deroga al § 932 del codice civile, estende la tutela alla buona fede circa la facoltà dell'alienante di disporre della cosa per conto del proprietario, qualora l'alienazione sia fatta da un commerciante nell'esercizio del suo commercio abituale (11) – gli interpreti sono pressoché unanimi nel ritenere irrilevante che il venditore agisca in nome proprio o in nome altrui, dimostrando così di valutare esattamente la norma alla stregua di una deroga al requisito della qualità di terzo nell'acquirente.

4. La giurisprudenza non solo riconduce alla nozione dell'art. 1147 la buona fede richiesta nei casi di acquisto a non domino mediante il possesso (artt. 1153 e 1994; 1159, 1160, comma 2°, e 1161, comma 1°), ma a tale nozione tende a ricondurre anche la buona fede nei casi estranei

---

(10) Salva la questione se sia applicabile la disciplina della vendita di cosa altrui, malgrado la lettera dell'art. 1479 che, definendo la buona fede del compratore nei termini sopra riferiti, sembra limitare tale disciplina alla vendita stipulata non solo in nome proprio, ma anche per conto proprio. La risposta dovrebbe essere negativa, data l'incompatibilità della qualificazione dell'art. 1478 c.c. con la destinazione della vendita mobiliare stipulata in veste di mandatario a produrre un trasferimento immediato dal mandante (proprietario) al compratore. In questo senso cfr. ROMANO, *Vendita* cit., 78. Contro, però, RUBINO, *Compravendita*[2] 337.

(11) Una deroga analoga era prevista nel progetto della Commissione reale di riforma del codice (art. 537), ma non fu conservata nel progetto definitivo.

all'istituto del possesso. «Il concetto di buona fede (definito nell'art. 1147) – si legge per es. in Cass. 6 maggio 1950, n. 1177, in Giur. it. 1951, I, 1, 128 –, è di ordine generale; esso risponde a un tipo fisso e invariabile, non consente distinzioni e trova applicazione anche fuori dal campo del possesso» (v. pure Cass., sez. un., 27 luglio 1957, n. 3177, in Mass. Giur. it. 1957, 688). Tale massima è sicuramente eccessiva. Di invariabilità del concetto di buona fede (soggettiva) si può parlare solo nel senso che la buona fede consiste essenzialmente, e quindi invariabilmente, in uno stato di ignoranza o di errore (rilevante per il diritto), e in questo senso è un concetto generale e uguale per tutti i rapporti. Vero è altresì che l'oggetto immediato della buona fede nei due gruppi di acquisti, nonostante le peculiarità dei vari casi, è riducibile a una definizione unitaria in termini di ignoranza di fatti (ignoranza o errore di fatto) o di norme (ignoranza o errore di diritto) che escludono nel dante causa il potere di disporre oppure comportano l'eliminazione successiva, con efficacia retroattiva (in via di annullamento, risoluzione, revoca, ecc.), del titolo di legittimazione del dante causa. Vero è, infine, che pure negli acquisti a non domino mediante il possesso la buona fede è tutelata nei limiti del titolo fornito al terzo dal non dominus. Ma, nell'ambito di questo concetto generale, la buona fede nell'uno e nell'altro gruppo si diversifica per le modalità che ne condizionano la rilevanza giuridica. Oltre alla differenza, percepibile a prima vista, concernente la modalità cronologica (riferimento esclusivo della buona fede

al momento del negozio di acquisto in un gruppo, riferimento al momento, o almeno anche al momento dell'acquisto del possesso, nell'altro), una differenza ulteriore di portata più penetrante, tale da incidere sul fondamento e sulla natura della tutela, investe i rapporti della buona fede col titolo dell'alienante. Da questo punto di vista è innegabile che la buona fede di cui agli artt. 1153 e 1159 è un tipo diverso da quello della buona fede rilevante nelle fattispecie non incardinate sul possesso.

Solo nelle prime – per venire anzitutto alla critica immediata che deve essere rivolta alla massima giurisprudenziale sopra riferita – l'ignoranza dell'alienità della cosa è traducibile in termini di ignoranza della lesione dell'altrui diritto. La nozione dell'art. 1147 implica il riferimento della buona fede a un comportamento di ingerenza materiale nel diritto altrui, costituito dalla presa di possesso del bene, e quindi si adatta soltanto alla buona fede possessoria, della quale gli articoli 1153 e 1159 sono casi particolari (e la particolarità sta in ciò, che gli effetti da tali norme collegati al possesso di buona fede sono condizionati e misurati dal requisito ulteriore del «giusto titolo»). Nelle ipotesi di acquisto indipendenti dal possesso, nelle quali la buona fede qualifica esclusivamente l'atto di formazione del titolo di acquisto (comportamento negoziale), la lesione del diritto altrui non può consistere se non nella privazione del diritto medesimo subita dal titolare. E siccome questo effetto giuridico è il riflesso della tutela operante in favore del terzo di buona fede, non in esso, evidentemente, può risolversi l'oggetto della buona fede. Inver-

samente, se il terzo è in mala fede, questa non può essere definita come consapevolezza della lesione dell'altrui diritto, dal momento che il negozio dispositivo compiuto dal non dominus, essendo inefficace, non arreca di per sé alcun pregiudizio al titolare (cfr. Zitelmann, in Arch. civ. Praxis 1906, 57; Graziani, Studi di dir. civ., 189; e spec. Giampiccolo, in Riv. dir. comm. 1965, I, 337 s.).

Alla massima della sentenza citata, che rappresenta una punta estrema, altre pronunce apportano una correzione meramente formale. Esse riconoscono che la definizione dell'art. 1147, comma 1°, coglie un profilo peculiare della buona fede possessoria, privo di riscontro nei casi in cui la buona fede non inerisce al possesso; ma negano che da tale peculiarità siano condizionate le regole dettate nel 2° comma e nella prima parte del 3° comma, circa i rapporti della buona fede con la colpa grave e con l'onere della prova. Tali regole, si ribadisce, hanno un valore generale, che le rende direttamente applicabili anche fuori dal campo del possesso (cfr. ad es. Cass. 28 giugno 1963, n. 1753, in Foro it. 1963, I, 2150, con riferimento all'art. 1415 c.c.). Siffatte enunciazioni di principio, però, si stemperano in una serie di decisioni di specie, relative agli artt. 1415 e 1445 da un lato, e e all'art. 534 dall'altro, le quali finiscono con l'ammettere una differenza sostanziale della buona fede rilevante in queste ipotesi rispetto alla buona fede di cui all'art. 1147 (in relazione agli artt. 1153 e 1159). Le prime (diversamente della sentenza cit. n. 1753 del 1963, e v. pure Carnelutti, in Riv. dir. proc. 1947, I, 270) riconoscono la compatibilità del dubbio con la buona fede

nei casi di acquisto dall'acquirente simulato o da un acquirente il cui titolo viene successivamente annullato (cfr., rispettivamente, Cass. 10 agosto 1949, n. 2267, in Giur. it. 1950, I, 1, 110; Cass. 13 agosto 1957, n. 3402, in Mass. Giur. it. 1957, 733 e Cass. 24 giugno 1967, n. 1570, in Foro it. 1967, I, 2082), mentre nelle ipotesi degli artt. 1153 e 1159 il dubbio viene costantemente equiparato alla mala fede (cfr. Cass. 26 aprile 1950, n. 1117, in Mass. Giur. it. 1950, 282; Cass. 31 luglio 1951, n. 2287, ibid. 1951, 634; Cass. 29 ottobre 1955, n. 3545, ibid. 1955, 871; Cass. 7 settembre 1961, n. 2012, in Foro it. 1961, I, 1857; Cass. 26 luglio 1962, n. 2124, ibid. 1963, I, 76). Siccome la valutazione del dubbio è strettamente legata dalla giurisprudenza al problema dei rapporti della buona fede con la colpa grave (12), quelle sentenze sono fondate sulla

(12) Il dubbio, beninteso, non si confonde con la colpa. Il primo è una forma dello spirito teoretico, una disposizione dell'intelletto costituita da uno stato di ignoranza disgiunto dall'errore, cioè non accompagnato da una falsa rappresentazione della realtà, bensì dalla rappresentazione dell'oggetto ignorato come possibile, in alternativa con la possibilità della realtà contraria. Il dubbio è un modo del giudizio qualificato dall'incertezza, mentre l'errore è un modo del giudizio qualificato da una persuasione contraria al vero. Chi dubita ignora se una determinata realtà esista, ma non esclude (sulla base di circostanze obiettive, non in termini di puro dubbio metodico o sistematico) la possibilità che esista, secondo un certo grado, da un minimo a un massimo, di probabilità.

La colpa è una forma dello spirito pratico, un modo di essere della volontà che ha promosso il giudizio erroneo, in quanto formulato senza premettere una ricerca diligente della verità. La colpa, perciò, non qualifica mai il dubbio per sé considerato, ma può inerire al giudizio di superamento del dubbio. Poiché il dubbio implica una sospensione del giudizio da cui dipende la decisione pratica, per prendere tale decisione il soggetto deve vincere il dubbio. Egli può superarlo semplicemente non tenendone conto, decidendo senz'altro di agire come se la realtà ignorata (nell'ipotesi dell'art. 1147, la lesione dell'altrui diritto) non esistesse, e quindi *anche a costo* di mettersi in contrasto con tale realtà (anche a costo di ledere l'altrui diritto). Il su-

premessa che nei casi degli artt. 1415 e 1445 la colpa grave non nuoce al terzo acquirente, e quindi negano implicitamente l'applicabilità della norma di cui all'articolo 1147, comma 2° (cfr. Sacco, in Foro pad. 1963, I, 1084). Per altro verso, l'applicabilità di tale norma è

peramento del dubbio sbocca allora in uno stato di mala fede, perché l'ignoranza voluta di chi agisce senza tenere conto dei sintomi obiettivi della possibilità di lesione dell'altrui diritto è praticamente equivalente alla conoscenza di tale lesione. Può darsi, invece, che il soggetto, in base a un riesame delle circostanze che hanno inizialmente suscitato in lui il dubbio o in base ad altre circostanze rilevate successivamente, si convinca o che il dubbio non ha ragion d'essere (si convince dell'inesistenza di lesione dell'altrui diritto, precedentemente ritenuta possibile) oppure che la realtà temuta (lesione dell'altrui diritto) è più remota (meno probabile) della realtà desiderata (assenza di lesione dell'altrui diritto). In entrambi questi casi il superamento del dubbio sfocia in un errore: nel primo caso, il soggetto vince il dubbio eliminandolo, cioè sostituendolo con una persuasione contraria al vero; nel secondo lo vince non eliminandolo in modo assoluto, ma rompendo l'equilibrio dello stato iniziale di incertezza con un giudizio (erroneo) secondo il quale le probabilità di esistenza di una delle due realtà alternativamente ritenute possibili (per ipotesi, l'assenza di lesione altrui) sono superiori alle probabilità della realtà contraria (presenza della lesione). In una accezione diversa da quella sopra definita, il termine dubbio viene solitamente usato anche per designare un giudizio di quest'ultimo tipo, e in tale accezione si distingue tra dubbio lieve e dubbio grave (ciascuno comprendente una gamma di intensità) a secondo del grado di probabilità con cui il giudizio viene formato.

L'incompatibilità del dubbio con la buona fede, affermata dalla giurisprudenza con riguardo agli artt. 1153 e 1159 c.c., non va intesa nel senso che per integrare la buona fede sia necessaria una persuasione assoluta difforme dal vero, un giudizio di appartenenza della cosa all'alienante esente da ogni incertezza: così interpretata, la massima giurisprudenziale non solo sarebbe in contrasto con la realtà pratica delle conoscenze umane, raramente del tutto libere dal dubbio, ma urterebbe contro la lettera dell'art. 1147, comma 1°, dove la buona fede è definita in termini di «ignoranza», la quale è uno stato (negativo) dell'intelletto con cui possono concorrere sia l'errore che il dubbio. La massima deve piuttosto essere intesa nel senso che non è rilevante la buona fede dell'acquirente il quale vinca l'incertezza circa la legittimazione dell'alienante con una valutazione formulata alla stregua di un esame nemmeno sommariamente diligente delle circostanze, sì che il giudizio di improbabilità della lesione altrui può dirsi temerario, dipende cioè da colpa grave. In tale senso, la massima non è che un'applicazione del 2° comma dell'art. 1147. Cfr., a integrazione delle sentenze sopra citate nel testo, Cass. 7 agosto 1950, n. 2412, in *Mass. Giur. it.* 1950, 577, con riferimento all'art. 1159 c.c.

pure esclusa nel caso dell'art. 534: all'acquirente dall'erede apparente, secondo la giurisprudenza, nuoce non solo la colpa grave (omissione della diligenza sommaria), ma anche la colpa lieve, costituita dall'« omissione della normale diligenza nell'accertamento della reale situazione giuridica » (Cass. 29 settembre 1959, n. 2627, in Foro pad. 1960, I, 28, che applica all'art. 534 un principio ripetutamente statuito in tema di apparenza di diritto: cfr. Cass. 8 ottobre 1956, n. 3389, in Foro it. 1957, I, 1473; Cass. 25 marzo 1959, n. 930 e Cass. 22 ottobre 1959, n. 3023, in Foro pad. 1960, I, 147 s. Dissente da questa giurisprudenza Pietrobon, L'errore nella dottrina del neg. giur., Padova 1963, 181 nota 9, 188 nota 17).

In effetti, il punto di minore resistenza della tesi che attribuisce portata generale al concetto dell'articolo 1147 si rivela proprio sul piano dei rapporti della buona fede con la colpa. La norma del 2° comma, che risolve il problema negando la sufficienza della buona fede dipendente da colpa grave, trae origine e fondamento da ragioni peculiari alla buona fede possessoria, collegate alla mancanza di una modalità oggettiva, dalla quale è invece qualificata la buona fede negli acquisti a non domino indipendenti dal possesso. Dalla norma in esame l'assenza di colpa grave è richiesta perché altrimenti la buona fede sarebbe priva anche di un minimo di fondamento obiettivo, non solo nella fattispecie dell'art. 1147, ma pure nei casi degli artt. 1153 e 1159, dove il possesso di buona fede deve essere accompagnato da un giusto titolo. Il titolo, in base al

quale il terzo acquirente riceve il possesso, non ha, né può avere una funzione di supporto oggettivo della buona fede, ma di questa costituisce soltanto un limite di efficacia. Esso ha la funzione, affatto distinta, di giustificare il possesso del terzo di fronte al dante causa (non dominus), mentre la buona fede ha la funzione di giustificare il possesso del terzo erga omnes, cioè di fronte a qualunque soggetto, diverso dal dante causa, che risulti essere il vero proprietario: l'uno è un criterio di giustificazione relativa, l'altra un criterio di giustificazione assoluta (cfr. Adler, in Jherings Jahrb. 1894, 181 ss., 187 s.; Venezian, Opere, II, cit., 248; Bonfante, Scritti, II, 533, 750; Segré, Addizione, cit., 91). Nella dottrina pandettistica dell'usucapione, da cui deriva la norma dell'art. 1147, comma 2°, l'esigenza di subordinare la tutela della buona fede alla scusabilità dell'errore (nei limiti della culpa lata) si manifestò perentoriamente, ad opera del Bruns, proprio in immediata connessione alla critica condotta, con risultati definitivi, contro la teoria tradizionale, sostenuta ancora dal Savigny, che supponeva l'esistenza di un rapporto organico tra la « iusta causa » e la « bona fides », prospettando la prima come elemento costitutivo della seconda, e quindi come requisito concernente i rapporti col (terzo) proprietario. D'altro lato, nelle fattispecie di acquisto mediante il possesso manca il presupposto di una specifica apparenza di titolarità da parte dell'alienante. Nel caso dell'art. 1153 è sì richiesta la consegna della cosa, e con riguardo al momento di essa è determinata la buona fede dell'acqui-

rente, ma, come già si è osservato ripetutamente, il possesso immediatamente precedente del dante causa, implicito in tale requisito, non è valutabile come fonte di apparenza di diritto, e pertanto non è idoneo a fornire un punto d'appoggio alla buona fede. Quanto al caso dell'art. 1159 e 1162, comma 1°, esclusa la necessità della traditio (v. dietro Cap. III, n. 6), nemmeno è richiesta la trascrizione del titolo (per ipotesi invalido) dell'alienante, e anzi è possibile che egli sia addirittura sfornito di titolo, onde non si può dire che la buona fede sia qui fondata su un fatto di pubblicità.

Perciò, una volta deciso che il terzo, in quanto abbia conseguito il possesso, merita di essere tutelato indipendentemente dalla connessione della buona fede con uno stato di obiettiva apparenza di titolarità da parte dell'alienante, non resta che accontentarsi di un requisito minimo di obiettività della buona fede riferito allo stesso acquirente e integrato dalla diligenza almeno sommaria nell'indagine della legittimazione del dante causa. Da questo requisito, che alla dottrina dell'usucapione è parso improntato a una concezione rigorosa (c. d. etica) della buona fede, mentre nella prospettiva in cui ora è stato collocato appare un requisito minimo, non si può prescindere. Esso risponde all'esigenza che i fatti psichici giuridicamente rilevanti, non essendo suscettibili di prova diretta, ma soltanto per indizi e presunzioni, siano riconoscibili in base a qualche elemento estrinseco che li renda verosimili. Nel campo della buona fede possessoria la scusabilità dell'errore, nel quale l'acquirente è caduto nonostante un'indagine. sep-

pure sommaria, del titolo dell'alienante. funge appunto da criterio di riconoscibilità obiettiva della buona fede. La buona fede dipendente da colpa grave non solo è moralmente non apprezzabile. ma è anche una buona fede improbabile, inverosimile: e questo è il motivo pratico, connesso a una valutazione secondo criteri probabilistici, che ha indotto il legislatore ad equiparare la prova della colpa grave alla prova della mala fede (13).

Le considerazioni con cui si è chiarita la ratio dell'art. 1147, comma 2°, dimostrano in pari tempo che la portata della norma non va oltre le ipotesi di acquisto a non domino collegate al possesso. Nelle altre, invero, la buona fede è tutelata in quanto giustificata da un fatto o da un complesso di fatti idonei a trarre in inganno il terzo, genericamente definibili, salve precisazioni ulteriori, come costitutivi di una situazione di titolarità apparente dell'alienante. A questa modalità

---

(13) La formula della legge indica chiaramente che dalla colpa grave è messa in causa non l'esistenza della buona fede (la scusabilità dell'errore non appartiene all'essenza della buona fede, perché l'errore inescusabile non è meno errore di quello scusabile), ma la sua sufficienza. La buona fede originata da grave negligenza «non giova» (è irrilevante), così che, praticamente, il possessore è trattato come se fosse in mala fede.

Con riferimento all'acquisto delle cose mobili, l'art. 543 del progetto preliminare disponeva che «si considera esservi colpa grave quando sussistano gli estremi dell'incauto acquisto secondo la legge penale». La disposizione è stata opportunamente abbandonata perché, mentre intendeva dire una cosa abbastanza ovvia (la condanna penale ex art. 742 c.p. obbliga l'acquirente a restituire la cosa, escludendo l'applicabilità dell'art. 1153 c.c. da parte del giudice civile), poteva invece prestarsi ad essere interpretata nel senso di una coincidenza del concetto civilistico di colpa grave col concetto penalistico di incauto acquisto, laddove il primo è diverso e più ampio. L'assoluzione dell'acquirente da responsabilità penale per incauto acquisto non impedisce che il giudice civile possa tuttavia accertare gli estremi della colpa grave per negare il beneficio dell'art. 1153. Cfr. Cass. 16 gennaio 1964, n. 100, in *Foro pad.* 1965, I, 982, con nota (approfondita) di CENDON.

oggettiva della buona fede è commisurato il diritto acquistato dal terzo, sia nel senso che esso dipende dal diritto di colui dal quale deriva il titolo dell'alienante e contro il quale il terzo è tutelato (14), sia nel senso che, se si tratta di un diritto di credito e il titolo (viziato) dell'alienante è lo stesso negozio costitutivo, il relativo regolamento si riflette, almeno in parte, sulla posizione del terzo acquirente (15). In breve, l'acquisto del terzo di buona fede è regolato dai principi propri della successione nei diritti (a titolo particolare).

Muta anche il profilo etico della buona fede. Negli acquisti mediante il possesso essa adempie un ufficio di giustificazione etica di un comportamento oggettivamente lesivo dell'altrui diritto, costituito dall'apprensione materiale della cosa da parte del terzo. Nelle altre ipotesi, alle quali è estraneo il momento della lesione materiale del diritto altrui, la buona fede è un criterio di moralizzazione del principio politico dell'apparenza

(14) Il terzo acquirente di buona fede dall'erede apparente o dall'avente causa simulato acquista il diritto solo in quanto appartenesse al de cuius (e quindi appartenga all'erede vero) o, rispettivamente, in quanto appartenga all'alienante simulato; e lo acquista con tutti i limiti propri della posizione del precedente titolare. Nel caso di alienazione della proprietà, rimangono fermi i diritti altrui costituiti sulla cosa (a differenza dell'art. 1153, comma 2°): cfr. Cass. 30 luglio 1947, n. 1254, in *Foro it.* 1948, I, 109 (in relazione all'art. 534 c.c.).

(15) Per es., nel caso di cessione a un terzo di un credito (apparentemente costituito mediante un negozio) simulato, colui che dal titolo simulato risulta debitore (e che tale diventa effettivamente nei confronti del terzo cessionario di buona fede, tutelato dall'art. 1415) può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente (creditore simulato), esclusa la sola eccezione di simulazione; in particolare gli può opporre, alle condizioni indicate nell'art. 1248 c.c., l'eccezione di compensazione. Cfr. Cap. IV, n. 9.

di diritto, e quindi un limite del suo operare nei casi
in cui è applicato dal legislatore (16): appunto in omag-
gio a un'esigenza etica, esso viene utilizzato solo come
strumento di tutela dei terzi di buona fede. In queste
fattispecie oggetto della tutela è pur sempre la buona
fede, mentre l'apparenza è il mezzo tecnico della tutela.
Sul piano dogmatico, tale rilievo implica una presa di
posizione contro la teoria classica, proveniente dalla
dottrina germanica, che qualifica l'apparenza di diritto
come fonte di una situazione giuridica equivalente alla
titolarità reale del diritto, ossia come fonte di un po-
tere giuridico di disporre del diritto altrui, attri-
buito al non titolare nell'interesse dei terzi (legit-
timazione di secondo grado). Questa teoria riscuote oggi
scarso credito (v. il mio scritto in Riv. trim. dir. e
proc. civ. 1963, 1308 ss.), ma pare eccessivo spingere la
critica fino al punto di ridurre interamente l'apparenza
all'elemento soggettivo della buona fede (cfr. Pugliat-
ti, Trascrizione cit., 258, 262, e le obiezioni di Falzea,
op. cit., 693). Tra l'apparenza e la buona fede sussiste
un rapporto di reciproca integrazione funzionale che non
può essere trasformato in un rapporto di identificazione
strutturale senza oscurare il carattere irriducibil-
mente oggettivo della prima e senza precludersi la pos-
sibilità di dar conto della sua rilevanza come criterio

(16) Malgrado l'orientamento della giurisprudenza (v., fra le sentenze più recenti, Cass. 15 marzo 1966, n. 746, e Cass. 14 febbraio 1966, n. 471, in *Foro it.* 1966, I, 1917), per fortuna abbastanza cauta nelle applicazioni pratiche, si deve recisamente negare l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio *giuridico* dell'apparenza di diritto, nel senso di una clausola generale che consentirebbe al giudice di considerare l'apparenza di una situazione giuridica equivalente alla realtà in favore dei terzi di buona fede.

di misura dell'acquisto del terzo. Questa funzione (non sufficientemente avvertita da Busnelli, voce cit., in Enc. dir., XV, 202 nota 36, in sede di valutazione della natura dell'acquisto) conferisce alla legittimazione apparente dell'alienante un rilievo autonomo, paragonabile al rilievo che nelle ipotesi degli artt. 1153 e 1159 ha il possesso dell'acquirente.

Con un altro ordine di considerazioni critiche (Sacco, in Riv. dir. civ. 1959, I, 263, 276 s., e già in La buona fede cit., 61 ss., 194) è stato messo in discussione anche il valore sistematico del concetto di apparenza, inteso come concetto riassuntivo della normativa sugli acquisti a non domino, almeno per la parte di essa costituita dalle norme che prescindono dal possesso (17). Invero, la valutazione unitaria di queste norme come casi di (rilevanza giuridica della) « legittimazione apparente » procede sul filo di un concetto approssimativo e generico (« annacquato fino a renderlo evanescente », rincara, forse eccessivamente, il Sacco), attraverso il quale si coglie soltanto il dato elementare comune, costituito da una posizione dell'alienante idonea a trarre in inganno l'acquirente, facendogli apparire una legittimazione in realtà inesistente o viziata. In questa misura si tratta di una valutazione non priva di validità,

(17) I tentativi di ricostruzione di tutti gli acquisti a non domino, compreso l'art. 1153, sotto il profilo della legittimazione apparente dell'alienante, dei quali l'esempio più illustre rimane il volume del CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, possono considerarsi oggi abbandonati, anche se l'eco di essi ritorna talvolta nella giurisprudenza (cfr. ad es. Cass. 28 giugno 1963 cit. e Cass. 7 aprile 1964, n. 780, in *Foro pad.* 1965, I, 58, che riconduce all'apparenza di diritto perfino l'usucapione decennale degli immobili; e v., del resto, anche BETTI, *Teoria del neg. giur.*[3], 22, 227).

perché riesce a fornire una spiegazione unitaria della natura dell'acquisto del terzo nei vari casi, riducendoli alla categoria dell'acquisto per successione. Essa non fornisce, invece, alcun criterio di interpretazione unitaria delle varie fattispecie, e in particolare degli elementi costitutivi della posizione dell'alienante, presa in considerazione quale fatto generatore della buona fede. Nell'accezione generica fin qui usata, il termine « apparenza » accomuna sotto un unico segno linguistico, sulla scorta dello stesso linguaggio legislativo, due tipi, e quindi due concetti distinti di apparenza, uno proprio, l'altro improprio. La figura dell'« erede apparente », di cui parlano gli artt. 534 e 2652 n. 7, non è omogenea con la figura del « titolare apparente » di cui parlano gli artt. 1415 e 1416 c.c. Solo la prima riunisce i connotati peculiari dell'apparenza di diritto in senso stretto e tecnico.

Secondo i risultati delle indagini più recenti (cfr. Falzea, voce cit., in Enc. dir., II), l'apparenza di diritto è una relazione tra due fenomeni, per cui una situazione di fatto, immediatamente presente e reale, manifesta per illazione o rinvio (cioè, segnala) una situazione giuridica facendola apparire come reale, mentre in realtà non esiste o esiste con modalità diverse da quelle segnalate. L'apparenza non si confonde con l'errore, pur essendo con questo strettamente collegata. L'errore è un fenomeno individuale e soggettivo: è una falsa rappresentazione della realtà che si forma nella mente di un soggetto e non necessariamente è determinata da segnali falsi, potendo invece trarre origine dal-

la mancanza di segnali o dalla mancata percezione di segnali esatti. L'apparenza è un fenomeno sociale e oggettivo: è una «falsa segnalazione di realtà» che si inserisce in un determinato ambiente sociale come causa di un possibile errore collettivo, cioè idonea a rendere la realtà vera non riconoscibile da una persona di normale diligenza e accortezza, e in questo senso oggettivamente non riconoscibile (nello stesso senso, dunque, in cui ad altro proposito la legge parla di non riconoscibilità nell'art. 1431, come criterio di tutela dell'affidamento del destinatario di una dichiarazione di volontà). Certo, l'apparenza di diritto (di situazioni giuridiche), quando è presa in considerazione, è rilevante solo in concorso con l'errore individuale, ossia in quanto abbia effettivamente indotto in errore un terzo, e quindi opera esclusivamente come mezzo di protezione della buona fede. Ma la caratteristica della buona fede tutelata in connessione a un fenomeno di apparenza sta nell'essere costituita da un errore valutato alla stregua di un complesso di fatti tali che qualunque individuo normale della collettività, a cui appartiene il soggetto che invoca la buona fede, sarebbe caduto nel medesimo errore. L'apparenza è, perciò, un requisito restrittivo della tutela della buona fede, appunto perché appartiene al suo concetto l'elemento della scusabilità oggettiva dell'errore, riferita a una stregua di diligenza normale. Ne consegue, sul piano tecnico, che l'apparenza è una fattispecie elastica (o, meglio, un elemento elastico della fattispecie di tutela del terzo di buona fede), i cui fatti costitutivi devono essere

determinati, volta per volta, dal giudice in base a massime di esperienza e a modi di giudizio attinti all'ambiente sociale, nell'ambito del quale si tratta di accertare se le circostanze addotte a fondamento della buona fede fossero capaci di trarre in inganno la persona media (18).

Orbene, solo un caso di acquisto a non domino, fra quelli in esame, risponde ai connotati peculiari della apparenza di diritto in senso stretto e proprio, secondo il concetto testé brevemente delineato: ed è il caso dell'acquisto dall'erede o dal legatario apparente (19). Di esso è opportuno tenere presente il parallelismo col caso regolato dall'art. 1189 c.c. (pagamento liberatorio al creditore apparente), di cui si è già avuto occasione di rilevare l'affinità con la categoria degli acquisti a non domino (v. retro, Cap. II, n. 18). Negli altri casi, invece, il fondamento oggettivo della buona fede consiste in un singolo fatto specifico, rigidamente predeterminato nell'astratta fattispecie normativa.

---

(18) Talvolta la legge impartisce qualche criterio direttivo all'apprezzamento discrezionale del giudice. Così, ad es., nel caso dell'art. 1189 c.c. l'apparenza della legittimazione a ricevere il pagamento deve basarsi su circostanze «univoche».

(19) Solo normalmente, ma non necessariamente, la buona fede rilevante agli effetti dell'art. 534 (ignoranza della non appartenenza della qualità ereditaria all'alienante) implica uno stato di ignoranza circa la proprietà del bene (ignoranza dell'alienità della cosa). Per es., chi acquista dall'erede apparente un bene mobile ereditario può essere in buona fede ai fini dell'art. 534 e in mala fede ai fini dell'art. 1153, qualora il de cuius avesse solo il possesso, non anche la proprietà del bene. È possibile, cioè, che l'acquirente, mentre ignora che la qualità di erede non appartiene al suo dante causa, sappia, invece, che il de cuius non era proprietario del bene: in questo caso (v. *retro*, Cap. III, n. 11 in fine) egli è in grado di opporsi alla domanda di restituzione avanzata dall'erede vero con l'azione di petizione dell'eredità, ma non alla domanda di restituzione avanzata dal terzo proprietario con l'azione di rivendica.

Precisamente l'affidamento dell'acquirente è determinato dal fatto che l'alienante si presenta munito o di un titolo di acquisto del diritto derivante dal dominus e formalmente regolare, ma sostanzialmente nullo (articoli 785, 1415 e 2652 n. 4; 2652 n. 6) o viziato (artt. 1445 e 2652 n. 6); oppure di un titolo che lo autorizza a disporre del diritto altrui, ma formato in modo illegittimo, e quindi annullabile (art. 2377 c.c. e norme analoghe), o emesso in circostanze tali da comportarne successivamente la revoca con effetto retroattivo (art. 742 c.p.c.). Queste norme non richiedono che col titolo, viziato o comunque precario, dell'alienante concorrano altri fatti (variabili, da individuarsi volta per volta dal giudice), tali da integrarlo in una situazione di apparenza in senso stretto (20).

In particolare, nell'art. 1415 il concetto di apparenza è evocato nel senso improprio e generico in cui è usato per es. nell'art. 627 c.c., secondo il linguaggio della teoria della simulazione che designa il negozio simulato anche con l'aggettivo « apparente ». Nella norma citata il termine « titolare apparente » è sinonimo di « titolare simulato », qualifica il finto acquirente per il

---

(20) Da un punto di vista generale, va precisato che non sempre la tutela dell'affidamento in connessione a un fatto rigido, specificamente individuato dalla norma come idoneo a trarre in inganno i terzi, implica una valutazione meno rigorosa della buona fede rispetto ai casi in cui la buona fede deve essere giustificata da una situazione di apparenza in senso tecnico. Talvolta si tratta di una valutazione ancora più rigorosa, che esige la presenza di un fatto capace di ingannare chiunque, anche le persone più accorte. Così, ad es., nel caso dell'art. 113 c.c., la posizione di « apparente ufficiale dello stato civile » non può essere riconosciuta in base a qualunque circostanza capace di ingannare la persona media, ma solo « a persona la quale, senza avere la qualità di ufficiale dello stato civile, ne esercitava le funzioni » (cfr. Sacco, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 276).

semplice fatto che ha stipulato il negozio simulato e il relativo accordo simulatorio. Ma il negozio simulato non genera, per sé solo, una situazione di titolarità apparente in senso tecnico: a tale scopo è necessaria quella che il Messina chiamava la « consumazione » della simulazione, mediante comportamenti ulteriori delle parti, di varia natura, che portino il negozio a contatto con la sfera di percezione della collettività in modo da renderlo idoneo a produrre un errore collettivo circa la realtà del trasferimento patrimoniale falsamente segnalato. La lettera della legge non lascia arguire che la tutela del subacquirente di buona fede sia subordinata a questa condizione; non si vede come il giudice potrebbe subordinare la pronuncia favorevole al terzo per es. alla circostanza che, al momento dell'alienazione, il titolare simulato fosse già immesso nel possesso della cosa e la tenesse pubblicamente come cosa sua, oppure, trattandosi di immobile, che il titolo simulato fosse già reso pubblico mediante la trascrizione. La legge protegge il terzo per il solo fatto che il titolo simulato del suo dante causa lo ha tratto in inganno, indipendentemente dalla commisurazione dell'errore individuale in atto sul metro astratto di un possibile errore collettivo (21). In questo senso la norma è interpretata dalla giurisprudenza, la quale riconosce alla buona fede di

---

(21) Ne consegue che l'art. 1415 è applicabile, in via di interpretazione estensiva o almeno di analogia, anche in favore del debitore che in buona fede paga al cessionario simulato del credito, indipendentemente dai requisiti (più stretti) dell'art. 1189 c.c. In questo senso Allara, *La teoria generale del contratto*², Torino 1956, 163; contro Cariota Ferrara, *Negozio giur.*, 518 nota 26.

cui all'art. 1415 una protezione più ampia di quella accordata all'acquirente dall'erede apparente. Solo nei confronti di quest'ultimo viene affermato il requisito della scusabilità dell'errore alla stregua (oggettiva) della diligenza tipica della persona normale, caratteristico della buona fede tutelata nei limiti di una situazione di apparenza in senso stretto. Anzi, nei confronti dell'avente causa dall'acquirente simulato la giurisprudenza, sebbene con qualche contrasto, nemmeno richiede la scusabilità dell'errore secondo il criterio soggettivo della diligenza sommaria propria anche della persona meno accorta, dimostrando così di avere una nozione abbastanza flessibile della portata generale in principio attribuita alla regola dell'art. 1147, comma 2°.

In realtà, fuori dal campo del possesso, tale regola non è applicabile né per introdurre, né per escludere il requisito impeditivo della colpa grave nelle norme che su tale punto sono mute. Il problema deve essere risolto autonomamente, valutando gli interessi in gioco secondo la ratio emergente dalle rispettive fattispecie. Per quanto riguarda le ipotesi in discussione, il problema può essere così impostato: dato che in queste ipotesi la buona fede è tutelata in quanto si fonda su elementi specifici idonei a indurre in errore il terzo circa la legittimazione dell'alienante, ma solo in un caso (art. 534) la tutela opera nei limiti rigorosi di una situazione di apparenza in senso tecnico, si domanda se negli altri casi essa debba ritenersi subordinata almeno all'assenza di colpa grave.

Nel caso dell'art. 1415 la soluzione negativa si fonda sul rilievo che il fatto da cui il terzo è stato indotto in errore, ossia il titolo simulato del dante causa, è imputabile al dominus, e quindi è assunto dalla norma come criterio di autoresponsabilità dell'alienante simulato. Siccome la simulazione è preordinata all'inganno dei terzi, viene manifestamente contra factum proprium, e perciò non deve essere sentito, l'alienante simulato che pretende di rimproverare al terzo di essersi lasciato ingannare nonostante la presenza di circostanze, rilevabili con un minimo di attenzione, in base alle quali avrebbe potuto rendersi conto della simulazione (cfr. Sacco, La buona fede, 194; Giampiccolo, loco cit., 348 s.).

Sicuramente in senso negativo deve essere risolta la questione della colpa grave anche nel caso dell'articolo 742 c.p.c. (conforme Sacco, in Riv. dir. comm. 1951, II, 41; contro G. Stolfi, in Giur. it. 1948, I, 1, 387, contronota 2). Pure a proposito di questa norma, in quanto ritenuta applicabile all'annullamento dei decreti di volontaria giurisdizione per vizi di legittimità, la giurisprudenza evoca il concetto di apparenza di diritto, collegandolo qui al vetusto principio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, onde si tratterebbe di «apparenza titolata, perché sorretta dall'accertamento di una pubblica autorità» (cfr. le sentenze citate nel Cap. III, nn. 14-16, e già Cass. 17 gennaio 1940, n. 185, in Mass. Giur. it. 1940, 38). Tale valutazione, già ripudiata dalla stessa dottrina che ne condivide le premesse sul piano dell'interpretazione della norma (cfr. Micheli, voce cit., in Enc. dir., V, 999

nota 117), è ancor meno appropriata se, in conformità della lettera della legge, la norma viene ristretta al caso di revoca o di modificazione del decreto per motivi di merito. In questo caso l'alienante non appare, ma è validamente legittimato a disporre: oggetto della buona fede dell'acquirente non è un vizio di legittimità del decreto, il quale è stato validamente emesso, bensì il modo con cui il giudice si è determinato a concedere la autorizzazione. Proprio perché l'alienazione è stata regolarmente autorizzata, il terzo ha ragione di credere che il giudice abbia avuto modo di vagliare tutte le circostanze rilevanti per decidere circa la conformità del negozio all'interesse (per es. dell'incapace) a tutela del quale la legge predispone il controllo della autorità giudiziaria. In realtà, il giudice ha concesso l'autorizzazione ignorando una o più circostanze che, se conosciute, l'avrebbero indotto a negarla o a concederla a condizioni diverse, onde la notizia di esse, successivamente acquisita, lo induce a revocare o a modificare il provvedimento. Ammettere che al terzo di buona fede possa nuocere la colpa grave significherebbe imporgli, contra rationem legis, un onere di indagini supplementari rispetto a quelle compiute dallo stesso giudice nell'esercizio di poteri istruttori ben più penetranti di quelli di cui dispone il privato acquirente (cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 1952, n. 417, in Giur. it. 1952, I, 1, 821, nel testo a c. 829).

Invece, la questione si presenta perplessa nel caso dell'art. 1445 (e analogamente nei casi degli artt. 785 cpv. e 2377 c.c.), né le perplessità possono dirsi fugate dalla recente sentenza 24 giugno 1967, cit., orientata verso una soluzione favorevole a un'ampia tutela del terzo, parallela a quella già adottata per l'articolo 1415. All'art. 1445 è estraneo il criterio di autoresponsabilità (soggettiva) che informa la tutela del terzo contro la pretesa del dominus di far valere la nullità di un titolo apparente di alienazione del diritto da lui stesso creato. Si può replicare, però, che pure nel caso dell'art. 1445 il fatto che ha indotto l'affidamento del terzo, e ne giustifica la protezione, è causalmente riconducibile alla volontà del dominus, ancorché viziata: perciò, in favore dei subacquirenti a titolo oneroso, la norma assoggetta il dominus a una regola di autoresponsabilità oggettiva, applicandogli il principio dell'agire a proprio rischio. Se questa valutazione è esatta – e una conferma indiretta sembra offerta dal diniego di tutela quando l'annullamento del titolo del dante causa dipende da incapacità legale (salvi per le cose mobili l'art. 1153, e per gli immobili l'art. 2652 n. 6) –, essa individua un criterio di esclusione del requisito impeditivo della colpa grave, analogo a quello dell'art. 1415.

Contro la soluzione negativa si è obiettato che essa «introduce una disarmonia ingiustificata» tra l'articolo 1153 e l'art. 1445 (Bigiavi, in Giur. it. 1950, I, 1, 112). Ma la radicale diversità di impostazione della tutela del terzo nelle due norme non permette che esse possano essere ridotte sulla stessa linea mediante procedimenti di integrazione reciproca in via di analogia, giusta la tendenza dell'autore in parola, il quale argomenta

dall'art. 1153 per introdurre il requisito dell'assenza di colpa grave anche nell'art. 1445, e viceversa argomenta dall'art. 1445 per introdurre il requisito della onerosità del titolo anche nell'art. 1153 (v. Cap. IV, nota 10). Un'esigenza di armonizzazione non è imposta né da ragioni sistematiche, né da ragioni di ordine equitativo. Non da ragioni sistematiche, perché le due norme non possono entrare in conflitto; non da ragioni equitative, perché, ove sopravvenga l'annullamento del titolo del dante causa e in quanto sia intervenuta la consegna della cosa (mobile), l'art. 1153 è destinato ad operare solo nel caso in cui l'annullamento dipenda da incapacità legale oppure nel caso in cui la mala fede del terzo sia provata al momento del negozio (restando allora esclusa la tutela dell'art. 1445), ma non al momento della consegna (è possibile che in questo momento il terzo credesse erroneamente che il vizio del titolo dell'alienante fosse stato sanato mediante convalida): cioè in due casi in cui, o per la natura del vizio (l'incapacità legale è accertabile assai più facilmente che i vizi del consenso) o perché l'acquirente conosceva il vizio al momento della formazione del proprio titolo, bene si giustifica sul piano equitativo una differenza di trattamento, in senso più rigoroso, rispetto alla buona fede rilevante nei termini dell'art. 1445.

5. In definitiva, nel passaggio dalle enunciazioni di massima alle applicazioni pratiche il valore generale, in principio attribuito dalla giurisprudenza al concetto dell'art. 1147, si riduce al profilo del rapporto con l'onere della prova, regolato nel 3° comma. La pre-

sunzione di buona fede, sancita in questa norma, viene costantemente applicata anche fuori dal campo del possesso, tranne nei casi, ritenuti eccezionali, nei quali l'onere della prova è dalla legge espressamente imposto al soggetto che invoca la buona fede (art. 534; analogamente l'art. 1189 c.c.). Cfr., in relazione all'articolo 1415, Cass. 18 gennaio 1949, n. 53, in Foro it. 1950, I, 576; Cass. 10 agosto 1949, n. 2267, cit.: Cass. 28 giugno 1963, n. 1753, cit.; in relazione all'art. 742 c.p.c., Cass. 7 giugno 1948, n. 859, in Giur. it. 1048, I, 1, 385, nel testo a c. 391; Cass. 18 aprile 1951, n. 958, ibid. 1952, I, 1, 760.

La giurisprudenza non ignora che nel diritto romano, dal quale deriva la regola dell'art. 1147, comma 3°, la presunzione di buona fede era limitata ai rapporti collegati al possesso (cfr. Stolfi, in Foro it. 1950, I, 575 ss.), ma risponde che questo limite, spiegabile in un sistema che assegna alla «traditio rei» un ufficio traslativo della proprietà, è venuto meno nel nostro ordinamento, dove al trasferimento dei diritti reali presiede l'opposto principio consensualistico (art. 1376 c.c.). L'enunciazione della presunzione di buona fede nell'art. 1147 sarebbe, perciò, un mero accidente, dovuto alla tradizione storica, di una norma ormai non più condizionata dal riferimento al possesso. In realtà, la dottrina che interpreta restrittivamente l'art. 1147, comma 3°, e la giurisprudenza, che rifiuta tale interpretazione, cadono in due eccessi opposti, confondendo in un medesimo problema due questioni distinte: da un lato, la questione se la norma dell'art. 1147 sia direttamente

applicabile anche al di fuori del campo del possesso, e in questo senso abbia virtù di principio generale; dall'altro lato la questione se, fuori dal campo del possesso, operi un principio opposto a quello dell'articolo 1147, cioè un principio contrario alla presunzione di buona fede.

La risposta alla prima questione deve essere negativa: la presunzione enunciata nell'art. 1147 qualifica la buona fede rilevante al momento dell'acquisto del possesso, e quindi integra la nozione definita nel 1° comma. E poiché si tratta di una nozione peculiare, non applicabile fuori dal campo del possesso, così non è di per sé applicabile ad altri rapporti la presunzione che la qualifica sul piano probatorio. Ma solo in questi termini è corretta l'interpretazione restrittiva dell'art. 1147, comma 3°. Diventa scorretta ed eccessiva quando si pretende di trarne, in via di argomento a contrario, un'indicazione negativa della presunzione di buona fede nei rapporti non collegati al possesso, la cui disciplina sia muta a tale proposito. Un simile significato l'articolo 1147 certamente non ha, né in sé considerato, né considerato in relazione all'art. 2697 c.c. Gli elementi di fatto che concorrono a formare le fattispecie del diritto sostanziale vengono distinti da quest'ultima norma, ai fini processuali dell'onere della prova, in fatti costitutivi e in fatti impeditivi: dei primi soltanto è tenuto a dare la prova colui che invoca gli effetti di una data fattispecie, mentre la prova dei secondi incombe all'avversario (in termini inversi rispetto al corrispondente elemento della fattispecie sostanziale).

Ma l'art. 2697 non dice quali fatti sono costitutivi e quali impeditivi, e in particolare nulla se ne ricava per sapere se al novero degli uni o degli altri appartenga la buona fede nelle fattispecie predisposte a tutela di essa (cfr. Sacco, in Riv. dir. civ. 1959, I, 1 s.). Tale questione deve essere risolta in base alle norme sostanziali alle quali l'art. 2697 rinvia, e fra queste non se ne trova alcuna che stabilisca un principio generale nell'uno o nell'altro senso. La questione è variamente risolta nell'ambito di materie specifiche, con formule più o meno chiare, oppure non è risolta affatto (v. in Sacco, loco ult. cit., 16 ss., una rassegna quasi completa: aggiungi, fra le norme che espressamente presumono la buona fede, gli artt. 1260 cpv. e 1264 cpv. c.c., in tema di cessione dei crediti). Nell'ambito degli acquisti a non domino, la buona fede è presunta in virtù dell'art. 1147, ossia la mala fede funge da fatto impeditivo nelle fattispecie imperniate sul possesso (artt. 1153, 1159, 1160 e 1162) (22), mentre è un fatto costitutivo (non è presunta) nell'art. 534, il quale pone

---

(22) Siccome « la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave », cioè la buona fede giuridicamente rilevante in queste ipotesi è qualificata dalla scusabilità dell'errore (nei termini della diligenza sommaria), la presunzione di buona fede implica anche la presunzione dell'assenza di colpa grave. Sul piano processuale il requisito impeditivo della colpa grave si traduce in un alleggerimento della posizione del rivendicante: ma non nel senso che costui possa esimersi dalla prova della mala fede fino a quando il convenuto non abbia fornito la prova dell'assenza di colpa grave (in questo senso, con manifesto errore, App. Milano 2 maggio 1947, in *Temi* 1947, 517, in ordine all'art. 24 l. ass.: correttamente, invece, App. Milano 26 gennaio 1962, in *Riv. dir. comm.* 1962, II, 96), bensì nel senso che può esimersi dalla prova contraria alla presunzione di buona fede offrendo la prova (meno difficile) che esisteva la possibilità di conoscere l'alienità della cosa con un minimo di attenzione, cioè appunto la prova della colpa grave.

espressamente la prova della buona fede a carico del terzo acquirente dall'erede apparente. La medesima disposizione deve sottintendersi, per analogia, nell'art. 2652 n. 7 (2690 n. 4). Negli altri casi la legge tace, limitandosi a dire che sono «salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede» (o formule simili).

Nei casi di quest'ultima specie la questione deve essere risolta volta per volta con un criterio analogo a quello adottato nel numero precedente per la questione relativa alla rilevanza della colpa grave: cioè col criterio della valutazione degli interessi in gioco, alla stregua della ratio delle rispettive fattispecie normative. Questo criterio, sviluppato dal Sacco nello studio più volte citato sulla presunzione di buona fede, e non l'attribuzione all'art. 1147, comma 3°, di un valore generale di cui è per sé privo, riesce a giustificare i risultati ai quali giunge la giurisprudenza (fermo il dissenso con Sacco circa gli artt. 1153 e 1159, a mio avviso direttamente soggetti alle regole dell'art. 1147).

Un'indicazione indiretta per individuare il criterio che promuove la presunzione di buona fede pur nelle ipotesi non comprese nell'art. 1147, tranne il caso dell'art. 534, si può cogliere in quest'ultima norma. Nell'art. 534 (e così nell'art. 1189), come è stato osservato, la logica legislativa si distacca dalla logica probabilistica: proprio nel caso in cui è più probabile, essendo fondata su una situazione di apparenza in senso stretto, capace di produrre un errore collettivo, la buona fede non è presunta. Il legislatore segue qui un altro criterio, coordinato a una direttiva di tutela dell'in-

teresse dell'erede vero (interesse alla conservazione dei beni ereditari) fino al limite massimo di compatibilità con l'opposto interesse dei terzi alla sicurezza della circolazione giuridica. Tale direttiva importa che la tutela eccezionale degli aventi causa dall'erede apparente è ammessa entro limiti rigorosi, spinti fino all'estremo del diniego di presunzione della buona fede, malgrado il requisito oggettivo dell'apparenza. Negli altri casi, invece, la legge è ispirata all'opposto criterio di un'ampia tutela dei terzi, la quale cessa soltanto di fronte alla mala fede. Questa ratio, inversa a quella dell'art. 534, deve condurre coerentemente a una soluzione inversa della questione circa l'onere di prova della buona fede, che la legge non si è qui preoccupata di risolvere. Certo l'individuazione della <u>ratio legis</u> nei termini indicati è più sicura nei casi degli articoli 1415 c.c. e 742 c.p.c. che nel caso dell'art. 1445 (e norme analoghe). Per quest'ultimo rimane lo stesso margine di perplessità (a mio avviso superabile) che nel numero precedente è stato riconosciuto a proposito della questione circa la rilevanza della colpa grave.

Ritornando all'art. 534, occorre rendersi conto con maggiore precisione della differenza che lo separa dalle altre ipotesi nelle quali opera la presunzione di buona fede. L'art. 534 allontana la logica probabilistica dal piano della valutazione delle prove della buona fede, ma non ne impedisce l'applicazione sul piano della formazione delle prove. La buona fede, essendo un fatto psichico, non può essere provata se non per via di presunzioni semplici o <u>hominis</u> (cfr. Rubino, <u>La fattispecie e</u>

gli effetti giuridici preliminari cit., 45 in nota), formulate dal giudice sulla base di circostanze esteriori tali da giustificare oggettivamente l'affidamento del terzo e quindi da consentire di inferirne la buona fede (art. 2729 c.c.). Perciò, l'avente causa dall'erede apparente, quando abbia svolto il tema di prova dell'apparenza, normalmente ha già fornito al giudice un complesso di circostanze atte a fondare una presunzione semplice di buona fede (prova prima facie della buona fede). Toccherà allora all'erede di elaborare la controprova della mala fede, non perché su di lui gravi l'onere della prova, ma perché è suo interesse distruggere o almeno scuotere il convincimento che nel giudice viene formandosi circa la buona fede del terzo. Altro è la presunzione di fatto (semplice) della buona fede, normalmente collegabile all'apparenza della qualità di erede, appunto in virtù della logica probabilistica che presiede a questo mezzo di prova critica, e altro la presunzione legale di buona fede, che nell'ipotesi in esame non è ammessa. La prima è un mezzo di prova, attiene alla formazione del convincimento del giudice; la seconda, invece, è una regola sull'onere della prova, cioè una regola di giudizio, operante in sede di valutazione delle prove, la quale determina la decisione del giudice nel caso in cui egli non sia riuscito, sulla base del materiale probatorio acquisito al processo, a formarsi il convincimento circa l'esistenza o l'inesistenza della buona fede nel terzo acquirente. La questione chi debba sopportare le conseguenze dell'incertezza è allora decisa dalla regola sull'onere della prova. Nelle ipotesi in cui opera la pre-

sunzione di buona fede, l'incertezza si risolve a danno dell'avversario del terzo acquirente, perché la presunzione riversa su di lui l'onere della prova (toccava a lui convincere il giudice in merito alla mala fede del terzo). Invece, nell'ipotesi dell'art. 534 (2652 n. 7) l'onere di prova della buona fede rimane a carico del terzo, e certo non vale a liberarlo da tale onere la presunzione semplice di buona fede, di fatto connessa alle circostanze costitutive dell'apparenza della qualità di erede da parte del suo dante causa. Di fronte a questa prima prova l'erede vero, per volgere la causa a suo favore, non ha bisogno di dare una prova contraria che dimostri rigorosamente la mala fede dell'avversario, ma può limitarsi a mettere in luce qualche elemento equivoco che scuota la presunzione del giudice fondata sull'apparenza, e risvegli in lui il dubbio su questo punto.

6. Nelle ipotesi non collegate al possesso la buona fede deve sussistere al momento dell'acquisto del diritto, cioè della formazione del titolo (cfr. Cass. 27 marzo 1947, n. 441, in Mass. Giur. it. 1947, 128). Ciò è espressamente stabilito negli artt. 534, 1415 (2652 n. 4), 2377 c.c. e 742 c.p.c., ma la medesima regola vale per gli artt. 785, 1445 e 2652 n. 6, i quali, con formula meno puntualmente indicativa della modalità cronologica della buona fede, fanno salvi «i diritti acquistati dai terzi di buona fede». Nel linguaggio legislativo l'equivalenza di questa formula con quelle usate nelle norme citate per prime (che fanno salvi i diritti «in buona fede acquistati dai terzi» o acquistati dai terzi che hanno «contrattato in buona fede») non è dub-

bia, e risulta dal confronto dell'art. 2652 n. 7 con l'art. 534. Nei casi dell'art. 2652 nn. 6, 7 e 9 (2690 nn. 3, 4 e 6), dove la fattispecie complessiva di tutela del terzo non è completa se non col decorso di un certo tempo dalla data di trascrizione del titolo del dante causa, la regola suddetta assume un significato analogo alla norma dell'art. 1147, comma 3° («mala fides superveniens non nocet»).

Se il titolo è formato da un atto di autonomia privata, la buona fede deve sussistere al tempo del compimento del negozio, e se la fattispecie traslativa non è ancora completa, non occorre che persista fino al sopravvenire degli elementi mancanti (ad es. non occorre che la buona fede continui fino all'avveramento della condizione sospensiva alla quale il negozio sia eventualmente sottoposto). Se il titolo è formato da una sentenza costitutiva, pronunciata ad es. a norma dell'art. 2932 c.c., non basta la buona fede al momento della domanda giudiziale, ma occorre che essa sussista al momento della pronuncia del provvedimento, cioè in pratica nel momento della spedizione della causa a sentenza. Cfr. Cass. 3 giugno 1958, n. 1865, in Foro it. 1958, I, 1273, dove si legge che il vero erede è tenuto a rispettare il giudicato che ha definito «un giudizio svoltosi in confronto dell'erede apparente, in un tempo in cui l'apparenza non era stata ancora rimossa con la rivelazione dell'erede vero».

Nel campo degli acquisti mediante il possesso, la questione circa la modalità temporale della buona fede pare testualmente risolta nel caso dell'art. 1153 c.c. Vigente il codice 1865, la dottrina più autorevole riteneva

che la buona fede dovesse già esistere al momento del negozio di acquisto, e persistere anche al momento dell'acquisto del possesso (teoria dei due tempi: cfr. Segrè, Addizione cit., 158 s.; Vivante, Trattato[5], III, n. 938; Rubino, La fattispecie ecc., cit., 98 in nota). La necessità della buona fede al momento della formazione del titolo si argomentava dall'art. 707, che attribuiva il beneficio della regola «possesso vale titolo» ai «terzi di buona fede»: formula allusiva, secondo il suo significato naturale, ai terzi aventi causa, ossia ai terzi che hanno negoziato in buona fede l'acquisto della cosa aliena. La necessità della buona fede anche al momento dell'acquisto del possesso si argomentava non tanto dall'art. 1126 (dove l'inciso «purché il possesso sia di buona fede» poteva essere interpretato, in relazione all'art. 702, nel senso della sufficienza della buona fede al momento del contratto), quanto dall'art. 57 cod. comm. abrogato, che assoggettava a rivendicazione il terzo acquirente di un titolo al portatore rubato o smarrito qualora lo avesse «ricevuto conoscendo il vizio della causa del possesso».

L'art. 1153 del codice vigente esige la buona fede «al momento della consegna»; analogamente l'art. 1155 (con formula più chiara del precedente art. 1126), nel caso di alienazione del medesimo bene a più persone con successivi contratti, attribuisce la preferenza all'acquirente con titolo di data posteriore qualora abbia «acquistato in buona fede il possesso», senza richiedere la buona fede anche al tempo del contratto; il medesimo rilievo si ripropone di fronte alla lettera del-

l'art. 1994. Sebbene qualche autore insista nel ritenere sempre valida la teoria dei due tempi, leggendo l'articolo 1153 come se dicesse «purché (l'acquirente) sia ancora in buona fede al momento della consegna» (Bigiavi, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1950, 46 nota 121; Barassi, op. cit., II, 233 s., 459 s.), la dottrina dominante e la giurisprudenza ritengono necessaria e sufficiente la buona fede al momento della consegna, cioè leggono la norma nel senso che la buona fede è richiesta soltanto al momento della consegna (cfr. Pugliatti, Trascrizione, 288; Falzea, voce cit., in Enc. dir., II, 688; De Martino, Possesso[4], 51; Sacco, Possesso, 128; Cass. 6 ottobre 1948, n. 1693, in Giur. it. 1949, I, 1, 741; Cass. 22 febbraio 1952, n. 472, in Mass. Giur. it. 1952, 132) (23). A conferma di questa interpretazione strettamente letterale, un argomento sembra offerto dal 2° comma dello stesso articolo, il quale, all'effetto dell'acquisto della proprietà libera da diritti altrui sulla cosa, enuncia il duplice requisito della non risultanza di tali diritti dal titolo e della buona fede (24). Se la buona fede fosse

(23) Tuttavia la prova della mala fede al momento della formazione del titolo, fornita dal rivendicante, non è inutile. Perché il giudice possa considerarla insufficiente, spetta al convenuto provare che ha ricevuto la consegna della cosa in un momento successivo, allegando che in questo momento versava in buona fede. Altrimenti opera contro di lui la presunzione dell'art. 1143 c.c. (presunzione di coincidenza dell'inizio del possesso con la data del titolo).

(24) Malgrado la sua collocazione nel corpo dell'art. 1153, che presuppone un acquisto da chi non è proprietario, la norma del 2° comma è applicabile anche all'acquisto *a domino* di cosa mobile gravata da diritti altrui (più correttamente, la norma corrispondente del codice tedesco è disposta in un paragrafo autonomo: § 936). Dal punto di vista del titolare del diritto gravante sulla cosa, questa ipotesi è pienamente equiparabile all'acquisto a non domino.

La formula «diritti altrui sulla cosa» comprende sia i diritti reali limitati (di godimento o di garanzia), sia i vincoli reali di indisponibilità che

richiesta già al momento della formazione del titolo, non avrebbe senso il requisito autonomo della non menzione del diritto altrui nel titolo.

Inversamente all'art. 1153, gli artt. 1159, 1160 comma 2°, e 1162, comma 1°, come l'art. 2137 del codice 1865, riferiscono la buona fede al momento dell'«acquisto del diritto», cioè della formazione del titolo. Tuttavia, l'interpretazione strettamente letterale, prevalente nella dottrina precedente in conformità a quella francese (cfr. per tutti il classico trattato del Pugliese, La prescrizione acquisitiva cit., n. 341), e tuttora cospicuamente sostenuta (cfr. Ferri, La trascrizione degli acquisti «mortis causa», 157 s.; De Martino, Possesso[4], 76; Sacco, Possesso, 138; v. pure Barbera, in Giust. civ. 1959, I, 1081), incontra qui una resistenza più accentuata, ed è stata ripudiata anche dalla Cassazione. La ragione di questa resistenza deve essere cercata nella seguente considerazione: mentre l'art. 2137 del codice abrogato, pur interpretato nel senso che la buona fede fosse necessaria e sufficiente al momento della formazione del titolo, non spezzava il legame dell'istituto col possesso di buona fede, tale legame è irrimediabilmente spezzato se la medesima interpretazione si applica all'art. 1159 del nuovo codice. I più avvertiti

limitano o escludono il potere di disposizione del proprietario (artt. 1558 cpv., 1980, comma 1°, 2764, ult. comma, 2906, 2913 c.c., e alla norma del 2° comma, piuttosto che a quella del primo, farei riferimento anche ai fini della tutela del terzo acquirente in buona fede di cose mobili da chi ne ha la proprietà temporanea in base a un'istituzione di erede con vincolo di sostituzione fedecommissaria), sia infine i diritti personali di godimento (cfr., per il diritto di locazione, artt. 1599, comma 2°, e 2923, comma 1°, c.c.).

tra gli autori testé citati se ne rendono conto: essi sostengono appunto che l'usucapione abbreviata degli immobili non è un effetto del possesso di buona fede. Ma così trascurano le vicende storiche dell'istituto, che pure devono avere il loro peso per l'interprete.

Certo, l'istituto della prescrizione acquisitiva, di cui agli artt. 2265 cod. Nap. e 2137 cod. it. 1865, era all'origine nettamente distinto dall'istituto classico dell'usucapione, e non aveva alcun rapporto col possesso di buona fede. L'uno, vigente nei territori dell'impero romano diversi dall'Italia, era un istituto di stampo processuale; configurava un'eccezione contro l'azione di rivendica (« prescrizione » è sinonimo di eccezione, o meglio sta al concetto di eccezione come la specie al genere), più che un modo di acquisto della proprietà. Valutato nei suoi riflessi sostanziali, esso comportava la sanatoria di un acquisto vizioso della proprietà, accordata in ragione del « longum silentium » osservato dal proprietario di fronte al possesso del terzo acquirente. Nella logica di questo istituto, essendo il possesso rilevante solo come punto di riferimento dell'inerzia del proprietario, non ha importanza che il possesso, come tale, sia giustificato dalla buona fede: importa piuttosto che dalla buona fede sia giustificato l'acquisto del diritto, appunto perché si tratta della concessione di una sanatoria del titolo dopo un certo periodo di possesso incontrastato della cosa. L'istituto dell'usucapione invece, benché risalente alla regola processuale dell'usus-auctoritas propria dell'antico diritto decemvirale (v. retro, Cap. II, n. 6), fin dai primordi del diritto classico aveva perduto ogni relazione col processo e si era trasformato in un modo di acquisto della proprietà fondato sul possesso. Nella logica dell'usucapione la buona fede si inserisce, in concorso con la iusta causa, come requisito di qualificazione del possesso ai fini dell'acquisto della proprietà. Venuta meno la distinzione tra i fondi italici e i fondi provinciali, i due istituti furono riuniti da Giustiniano in uno solo (J. 2, 6 pr.), nel quale la « longi temporis praescriptio », preferita dall'imperatore perché più equa (« nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur »), assume la struttura e i requisiti dell'usucapione, e quindi si incardina sul possesso di buona fede. Come risulta espressamente dal passo citato delle Istituzioni, la buona fede era rilevante al momento della traditio rei, « ex donatione aliave iusta causa » (e v. D. 41, 3, 10 pr.; D. 41, 3, 15, 3), salvo che la traditio avvenisse ex empto, nel qual caso la buona fede doveva sussistere anche al momento della stipulazione del contratto (cfr. D. 6, 2, 7, 17; D. 41, 3, 48; D. 41, 4, 4, 2 pr.).

All'istituto giustinianeo risultante dalla fusione dei due istituti precedenti, e accolto dalla maggioranza delle consuetudini francesi, si ricollega l'articolo 2265 del cod. Napoleone. Sotto la forma della « longi temporis praescriptio » si cela pur sempre la sostanza dell'usucapione. È vero che la norma del code, diversamente dal diritto romano-giustinianeo, richiede la buona fede al momento dell'acquisto del diritto, ma ciò non la colloca fuori dall'orbita del possesso di buona fede.

La diversa modalità cronologica della buona fede non altera l'impostazione dell'istituto, ma è piuttosto la conseguenza di una modificazione che investe sia il concetto di «iusta causa» che il concetto di «possessio bonae fidei», nei cui termini l'istituto opera. La prima è determinata dal principio consensualistico (di origine giusnaturalistica): cessata la funzione traslativa del dominio affidata alla traditio nel sistema precedente, la giusta causa dell'usucapione viene a identificarsi col titolo di acquisto, cioè si realizza interamente con un atto giuridico separato dall'acquisto del possesso. Perciò la buona fede, che nell'usucapione adempie uno specifico ufficio integrativo del titolo, coprendone il vizio derivante dal difetto di legittimazione dell'alienante, deve sussistere già al momento della formazione del titolo. L'altra modificazione dei concetti romani è essa pure un portato della scuola giusnaturalistica, alla quale risale il pregiudizio dogmatico contrario a riconoscere una buona fede possessoria priva dell'appoggio di un titolo abile a trasferire la proprietà. Questo concetto, accolto nell'art. 550, comma 1°, cod. Nap. (articolo 701 cod. it. 1865), mentre da un lato ribadisce la necessità della buona fede al momento del negozio di acquisto anche ai fini della qualificazione dell'acquirente come possessore di buona fede, dall'altro individua in questo momento, piuttosto che in quello dell'acquisto del possesso, il criterio di applicazione della regola «mala fides superveniens non nocet» (art. 2269 cod. Nap.). Sotto quest'ultimo profilo, la valutazione normativa della prescrizione abbreviata alla stregua di un effetto del pos-

sesso di buona fede trovava una conferma puntuale nel codice italiano del 1865. Mentre l'art. 2137 formulava i presupposti della prescrizione ricalcando la lettera degli artt. 2265 e 2267 cod. Nap. (riducendo, peraltro, il termine a dieci anni in ogni caso, e disponendone una diversa decorrenza), non era invece riprodotto l'articolo 2269. E la ragione non poteva spiegarsi se non sul riflesso che il nostro legislatore, discostandosi dalla tradizione romanistica, aveva introdotto nella disciplina del possesso di buona fede una norma che generalizzava a tutti gli effetti il principio dell'irrilevanza della mala fede sopravveniente (art. 702, comma 2°, opposto all'art. 550, comma 2°, cod. Nap.).

L'art. 1159 del nuovo codice altro non ha fatto, dunque, se non restituire il suo vero nome e la sua sede naturale a un istituto che già nell'ordinamento precedente aveva la sostanza dell'usucapione. Ma ha ripetuto la formula dell'art. 2137 cod. civ. 1865, che riferisce la buona fede esclusivamente al tempo della formazione del titolo, senza tenere conto del mutamento radicale introdotto nel concetto di possesso di buona fede, dal quale l'art. 1147 ha eliminato l'elemento del titolo (inteso come supporto della buona fede) ritornando alle genuina nozione romana. Conseguentemente, la modalità della buona fede possessoria si è spostata al momento dell'acquisto del possesso, e in questo senso deve essere sicuramente interpretato l'art. 1147, comma 3° (corrispondente 702 cpv. cod. 1865).

Mentre nel codice abrogato l'integrazione dell'articolo 2137 con l'art. 702 cpv. chiariva che la buona fede al

momento del negozio di acquisto era non solo necessaria, ma pure sufficiente, nel codice vigente l'integrazione dell'art. 1159 con l'art. 1147, comma 3°, comporta che la buona fede al momento della formazione del titolo non è sufficiente: e ciò appunto perché ai fini della qualificazione del possesso di buona fede è divenuto decisivo il momento dell'acquisto del possesso. In questo senso si si è pronunciata la Cassazione, con sentenza 10 febbraio 1959, n. 405, in Foro it. 1960, I, 2016. Sebbene la massima che ne è stata estratta possa indurre in equivoco, la sentenza non ha però aggiunto che, ai fini della usucapione collegata a un giusto titolo, la buona fede al momento dell'acquisto del possesso, oltre che necessaria, è altresì sufficiente (nel caso deciso tale questione non sorgeva, essendo acquisita la buona fede del terzo possessore al momento della formazione del titolo: ma essa non fu ritenuta sufficiente di fronte alla prova della mala fede sopravvenuta al tempo dell'acquisto del possesso). Questa interpretazione, che addirittura capovolge la lettera della legge, e della quale non mancavano fautori già sotto il codice abrogato (cfr. Montel, Il possesso di buona fede, Padova 1935, 162 s., e qui citazioni), in ordine al codice vigente è stata sostenuta anche da chi scrive (conformi: Barbero, Sistema, I, 320; Trabucchi, Istituzioni di dir. civ.[16], Padova 1968, 462; Gentile, in Dir. e giur. 1960, 229 ss., spec. 240; Montel, in Giust. civ. 1959, I, 407; Trib. Napoli 28 febbraio 1963, in Dir. e giur. 1964, 232, spec. 246). Ma conviene riconoscere che sul piano letterale è arbitraria, mentre sul piano sistematico cede alla preoccupazione di

eliminare una disarmonia tra l'art. 1153 e l'art. 1159, la quale invece ha la sua ragione d'essere nella diversa struttura, nell'una e nell'altra norma, della « iusta causa possessionis » (v. Cap. III, nn. 2 e 6). L'articolo 1147 impone di integrare la lettera dell'art. 1159 introducendo il requisito della buona fede al tempo dell'acquisto del possesso, ma non fornisce alcun argomento per abrogare il requisito specifico della buona fede già al tempo della formazione del titolo. Non semplicemente in applicazione dell'art. 1147, comma 3°, come è stato ritenuto (Barassi, op. cit., II, 460). l'art. 1153, diversamente dall'art. 1159, limita l'esigenza della buona fede al momento della consegna.

Quando, secondo lo schema classico dell'usucapione, al possesso di buona fede deve accompagnarsi una giusta causa, così che giusta causa e buona fede sono fattori complementari di giustificazione e insieme di misura dell'adiectio dominii al possessore, si introduce l'esigenza che la buona fede sussista nel momento in cui si perfeziona la giusta causa e perduri fino al momento dell'acquisto del possesso, se questo secondo momento è separato dal primo. In diritto romano, i due momenti coincidono, essendo la traditio un fatto integrante della « iusta causa usucapionis » (salvo il caso singolare del legato). Ciò spiega la regola romana « traditionis initium spectandum », alla quale faceva eccezione l'usucapione pro emptore, dove la « iusta causa », per ragioni non ancora del tutto chiare, non consisteva semplicemente nell'emptio, ma nell'emptio bonae fidei (più la traditio), onde si esigeva la buona fede anche al mo-

mento del contratto. Proprio quella regola ritorna nella fattispecie dell'art. 1153, nella quale, come già si è notato, la giusta causa non si esaurisce nel titolo di acquisto del diritto, ma, con una deviazione dalla logica del principio consensualistico, vuole essere completata dalla consegna.

Invece, nella disciplina dell'usucapione decennale degli immobili, rimasta coerente col detto principio, la giusta causa prescinde dalla traditio e si restringe al negozio di acquisto del diritto. In questa fattispecie, pertanto (cioè per ragioni diverse da quelle sottostanti alla disciplina romana dell'usucapione pro emptore), la modalità cronologica della buona fede è assoggettata alla regola dei due tempi (25). La buona fede deve esistere sia al momento della formazione del titolo che al momento dell'acquisto del possesso. Nel caso di vendita di un immobile altrui, che è il titolo più importante e di maggiore frequenza, la tutela dell'art. 1159 – analogamente al diritto romano – è accordata al solo compratore di buona fede (giusta la nozione dell'art. 1479 c.c.), che ancora in buona fede riceva il possesso, mentre è negata al compratore di mala fede, anche se nel momento in cui consegue il possesso sia subentrata in lui l'erronea credenza che nel frattempo il venditore gli abbia procurato

(25) Vigente il codice 1865, la regola dei due tempi era sostenuta da RUBINO, *op. loco ult. cit.*, ma allora senza fondamento; in relazione al nuovo codice è sostenuta da BARASSI, *op. cit.*, II, 233 (ma nel quadro di una singolare interpretazione che tende a inserire la regola nello stesso art. 1147, comma 3°), e da MESSINEO, *Manuale*⁹, II, § 81, n. 6, pp. 399, 404.

Nel caso di usucapione «pro legato», il primo tempo della buona fede si colloca nel momento dell'apertura della successione. Secondo FERRI, *op. cit.*, 159, invece, in questo caso si dovrebbe avere riguardo solo al momento dell'acquisto del possesso.

l'acquisto della proprietà: per es. ignora la nullità del contratto con cui il venditore si è reso acquirente dell'immobile dal terzo proprietario; oppure, morto nel frattempo il terzo proprietario, il venditore ne assume apparentemente la qualità di erede, e in tale veste consegna l'immobile al compratore ignaro che l'erede vero è un'altra persona (in questo secondo caso non è nemmeno applicabile l'art. 534, comma 2°, l'apparenza della qualità di erede del proprietario essendo sopravvenuta nel venditore dopo la stipulazione della vendita).

7. Più addietro (n. 4) è stata osservata una differenza di fondo, dal punto di vista dell'elemento obiettivo della buona fede, tra le ipotesi non collegate al possesso e le ipotesi di acquisto a non domino mediante il possesso. Nelle prime la buona fede è tutelata in quanto si appoggia su una specifica situazione di apparenza (intesa in senso lato), cioè o su una titolarità apparente dell'alienante, che in realtà non esiste, o su una titolarità apparentemente definitiva, mentre in realtà è provvisoria e viene successivamente rimossa; onde la buona fede si specifica nell'ignoranza della difformità dalla realtà del titolo apparente dell'alienante (per es. ignoranza della simulazione di esso). Nell'altro gruppo di ipotesi, invece, la buona fede non si appoggia all'apparenza di uno specifico titolo di legittimazione dell'alienante: qui la buona fede significa genericamente ignoranza che l'alienante non è proprietario, e il suo punto di appoggio si riduce all'assenza di colpa grave nel comportamento dello stesso acquirente. Tale differenza importa una conseguenza ulteriore rispetto a quelle già

rilevate, la quale sarebbe di notevole importanza pratica se non vi fosse la norma dell'art. 1154 c.c., che dobbiamo ora, a conclusione di questo capitolo, brevemente esaminare.

Nel primo gruppo di ipotesi (artt. 534, 1415, ecc.), data la modalità oggettiva da cui deve essere qualificata la buona fede, non può essere considerato in buona fede il terzo acquirente <u>mediato</u> (subacquirente) dall'erede apparente o dall'acquirente simulato, il quale abbia acquistato sapendo che il dante causa mediato era un titolare soltanto apparente, ma credendo erroneamente che il suo dante causa immediato o un autore precedente (acquirente intermedio) fosse in buona fede e quindi avesse acquistato il diritto. O è effettivamente intervenuto un acquisto intermedio di buona fede, e allora è irrilevante che l'acquirente successivo sappia che il suo autore o un autore precedente aveva acquistato da un titolare apparente, giacché ormai si tratta per lui di acquisto <u>a domino</u> e quindi non vi è più luogo alla questione sulla buona o mala fede (cfr. D. 22, 6, 9, 4; D. 41, 4, 8). Oppure nessuno degli acquirenti intermedi era in buona fede, e allora il terzo acquirente successivo deve fondare la sua difesa contro l'erede vero e il simulato alienante sull'apparenza della qualità di erede o, rispettivamente, sulla titolarità apparente (simulata) del primo alienante, suo dante causa mediato, mentre non gli giova l'erronea credenza che il dante causa immediato o un autore intermedio abbia acquistato il diritto in virtù dell'art. 534 o dell'art. 1415. E ciò appunto perché queste norme tutelano solo la buona fede che si specifica in

un errore direttamente determinato dalla situazione di apparenza, cioè in un errore il cui oggetto immediato sia la realtà falsamente segnalata dalla situazione di apparenza. Il terzo acquirente mediato in tanto è tutelato dall'art. 534 o dall'art. 1415, in quanto la buona fede relativa al titolo del dante causa diretto sia il riflesso della buona fede relativa al titolo anteriore di colui che precedentemente ha alienato il diritto in veste di erede apparente o facendo valere la titolarità apparente derivantegli dall'acquisto simulato.

Al contrario, nel caso dell'art. 1153, dove la buona fede non è legata all'apparenza di un titolo specifico in capo all'alienante e consiste nella generica ignoranza di acquistare a non domino, si deve riconoscere, in linea di rigorosa deduzione logica, che non versa in mala fede il terzo avente causa mediato il quale, pur avendo notizia dell'illegittima provenienza della cosa (cioè del furto, dell'appropriazione indebita, della truffa ecc. di cui è rimasto vittima il rivendicante ad opera di un possessore, più o meno lontano, anteriore all'autore immediato dell'attuale possessore), creda però erroneamente (e senza colpa grave) che il suo dante causa diretto o un precedente possessore abbia acquistato la cosa in buona fede e quindi ne sia divenuto proprietario in virtù della regola «possesso (di buona fede) vale titolo». Questa erronea credenza equivale a erronea credenza di acquistare a domino, e tanto basta per integrare la buona fede secondo la nozione dell'art. 1153. Quando il successivo acquirente conosca il fatto illecito originario che ha impresso alla cosa mobile il marchio della

provenienza illegittima, la sua mala fede non potrà mai consistere in questa consapevolezza, ma piuttosto nella consapevolezza della connessione giuridica del proprio comportamento col comportamento del ladro, del ritrovatore disonesto o del detentore infedele. Ché se, invece, il subacquirente crede che tale connessione sia stata spezzata da un acquisto intermedio di buona fede, allora la conoscenza del vizio originario della circolazione perde rilevanza sotto il profilo della mala fede.

Nell'ordinamento precedente questa concezione rigorosa della mala fede era respinta da una parte della dottrina. Da un lato, si obiettava, essa non tiene conto del profilo etico della buona fede, considerando in buona fede anche il terzo subacquirente che specula sulla buona fede altrui; dall'altro lato rende insopportabile il carico probatorio del rivendicante, addossandogli una vera «probatio diabolica» che lo costringe a provare non solo la conoscenza, da parte del possessore convenuto, del furto, dello smarrimento, dell'appropriazione indebita ecc. originari, ma pure la conoscenza della perdurante viziosità della circolazione della cosa, il che vuol dire provare la mala fede di tutti i possessori intermedi e che tale circostanza era nota o doveva essere nota con un minimo di attenzione al convenuto. In tal modo, si concludeva, non vi è alcuna probabilità per il rivendicante, cui incombe la prova della mala fede del possessore, di favorevole esito della lite (cfr. Segré, Addizione cit., 115 ss., spec. 121, 130 s.). Entrambi gli argomenti si infrangevano contro la nozione legale di buona fede, chiaramente espressa in termini di ignoranza del vizio del proprio titolo di acquisto, derivante dal difetto di titolarità del proprio dante causa: nozione ben diversa da quella di ignoranza del vizio originario di circolazione della cosa, e tale da comprendere anche l'erronea credenza della sopravvenuta purgazione del vizio in virtù della buona fede di un possessore intermedio. Per giunta erano in se stessi non del tutto persuasivi. Chi confida nella buona fede del proprio dante causa o di un autore precedente non sempre può essere giudicato uno speculatore sulla buona fede altrui. Quanto ai riflessi sull'onere di prova del rivendicante, se è vero che teoricamente sono quelli denunciati nei termini sopra riferiti, essi si rivelano meno drammatici sul piano pratico. Non si deve dimenticare, infatti, che mezzo normale di prova della mala fede sono le presunzioni del giudice (cfr. Cass. 11 maggio 1962, n. 957, in Giur. it. 1963, I, 1, 810). La prova che il terzo possessore conosceva l'irregolare provenienza della cosa è di solito integrata da elementi sufficienti per fornire al giudice la base di una presunzione di fatto della mala fede, sì da costringere il convenuto ad assumere lui, in sede di controprova, l'iniziativa di provare la propria buona fede, cioè di avere creduto erroneamente che l'irregolarità della circolazione fosse stata sanata.

Tuttavia le ragioni della dottrina contraria ad applicare la tutela della regola «possesso vale titolo» all'ipotesi in esame sono state accolte dal legislatore del 1942. Pur dando atto alla dottrina opposta che la conoscenza dell'illegittima provenienza della cosa non

implica per sé sola la mala fede, il nuovo codice ha attribuito ad essa rilevanza giuridica di autonomo requisito negativo della tutela: « a colui che ha acquistato conoscendo l'illegittima provenienza della cosa non giova l'erronea credenza che il suo autore o un precedente possessore ne sia divenuto proprietario » (articolo 1154). Ciò non significa che, ove il convenuto dimostri di essere un acquirente mediato e quindi di avere ricevuto il possesso da un dante causa intermedio, il rivendicante sia esonerato dalla prova della mala fede del possessore intermedio. La presunzione di buona fede giova al convenuto non solo in relazione al proprio possesso, ma anche in relazione al possesso del suo autore o di un possessore precedente: in questa ipotesi essa implica presunzione che il vizio di circolazione della cosa sia stato sanato, e conseguentemente che l'attuale possessore abbia acquistato a domino. L'art. 1154 esonera il rivendicante soltanto dalla prova ulteriore che al convenuto fosse nota o dovesse essere nota la mala fede del possessore intermedio, cioè sapesse o dovesse sapere che il vizio originario della circolazione (da lui conosciuto) non era stato sanato. Inoltre, poiché la conoscenza dell'illegittima provenienza della cosa è uno stato psicologico distinto dalla mala fede, non è ad essa equiparabile l'ignoranza dipendente da colpa grave (conforme De Martino, Possesso[4], 57).

La cosa mobile è di « provenienza illegittima » quando: a) è stata messa o rimessa in circolazione mediante un fatto lesivo dell'altrui diritto, cioè mediante una alienazione a non domino anteriore a quella in base alla

quale la cosa è passata nelle mani del terzo attualmente convenuto in rivendica dal proprietario spogliato; b) il vizio impresso da quel fatto alla circolazione della cosa non è stato purgato da un acquisto intermedio di buona fede. Pertanto, l'erronea credenza, che ai sensi dell'art. 1154 « non giova », è costituita dalla falsa opinione che il proprio autore o un possessore precedente sia divenuto proprietario della cosa in virtù dell'art. 1153, ossia dalla falsa opinione di acquistare a domino per questo specifico titolo.

La lesione dell'altrui diritto imprime alla cosa il carattere della provenienza illegittima anche se non riunisce tutti i requisiti del fatto illecito. Non occorre che si tratti di un fatto colpevole, e tanto meno di un fatto commesso da un soggetto punibile secondo la legge penale: basta il fatto dell'alienazione a non domino. È di provenienza illegittima anche la cosa alienata in buona fede dal detentore (si pensi al caso dell'articolo 1776 c.c.), oppure sottratta al proprietario da un soggetto non punibile (cfr. art. 649 c.p.). Se il fatto è punibile a querela della persona offesa, è irrilevante che la querela non sia proposta o sia stata rimessa.

8. Benché non sia ripetuta in relazione all'art. 1994 c.c., la norma dell'art. 1154 deve ritenersi applicabile anche alla circolazione dei titoli di credito. Ammesso che non si possa parlare di applicazione diretta, si deve ammetterne almeno l'applicabilità per analogia (contro Sacco, La buona fede cit., 184): non osta l'art. 14 delle preleggi (sul riflesso del carattere eccezionale della

norma), dato che l'art. 1994 appartiene al medesimo sistema dell'art. 1153. Confortano in questa opinione anzitutto l'origine della norma, che è stata introdotta per risolvere una questione dibattuta dalla dottrina precedente soprattutto per i titoli al portatore rubati o smarriti, con riguardo all'art. 57 cod. comm. abrogato; in secondo luogo l'espresso riferimento della norma a questa specie di titoli nel nuovo libro separato della proprietà, il quale nell'art. 341 menzionava i titoli al portatore accanto alle altre cose mobili: menzione poi eliminata dal corrispondente art. 1153 del codice unificato per una ragione meramente formale. Una volta accertato che l'acquisto di buona fede dei titoli al portatore è tutelato col limite dell'art. 1154, il medesimo limite deve ritenersi inerente all'art. 1994 anche in relazione ai titoli all'ordine e ai titoli nominativi. Torna a proposito il rilievo che i titoli di credito non hanno la funzione di garantire alla circolazione dei crediti in essi incorporati una sicurezza maggiore di quella che assiste la circolazione dei mobili comuni, bensì di estendere alla circolazione dei crediti, mediante l'incorporazione in un documento, il medesimo regime che governa la circolazione delle cose mobili.

Il carattere eccezionale della norma vale, invece, ad escluderne l'applicabilità all'usucapione abbreviata degli immobili, delle universalità di mobili e dei mobili registrati acquistati a non domino. Si osservi, peraltro, che l'erronea credenza che il possessore precedente fosse di buona fede equivale a erronea credenza di acquistare a domino, e quindi integra la buona fede richiesta

dall'art. 1159 o 1160, comma 2°, o 1162, comma 1°, solo in quanto il dante causa, erroneamente reputato di buona fede, abbia posseduto il bene per un periodo di dieci o rispettivamente di tre anni. Altrimenti occorre anche l'erronea credenza che il possesso precedente sia durato per il tempo necessario ad usucapire, e un errore scusabile sulla durata del possesso è difficilmente ipotizzabile, specialmente per gli immobili e i mobili registrati per i quali il requisito della trascrizione del titolo offre una agevole possibilità di controllo.

INDICE-SOMMARIO

Capitolo I

CONCETTO DI ACQUISTO «A NON DOMINO»

Capitolo II

IL PROBLEMA DELL'ACQUISTO «A NON DOMINO»

Sezione I. - Premesse generali

Sezione II. - L'ACQUISTO « A NON DOMINO »
NELLA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI REALI

CAPITOLO III

LA QUALITÀ DI « TERZO » NELL'ACQUIRENTE

Sezione I. - ACQUISTI COLLEGATI AL POSSESSO DI BUONA FEDE

Sezione II. - ACQUISTI INDIPENDENTI DAL POSSESSO

CAPITOLO IV

IL TITOLO DI ACQUISTO

CAPITOLO V

LA FUNZIONE DELLA TRASCRIZIONE NEGLI ACQUISTI DI DIRITTI IMMOBILIARI O SU MOBILI REGISTRATI

pag.

Capitolo VI

LA BUONA FEDE

LUIGI MENGONI

GLI ACQUISTI "A NON DOMINO"

SECONDA EDIZIONE INTERAMENTE RIFATTA



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1968